

El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico¹

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

- 1 GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1968; JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER. "La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española", en *Revista de Administración Pública*, n.º 23, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957; ALLAN R. BREWER-CARÍAS. "Contratos administrativos", en *Colección Estudios Jurídicos*, n.º 44, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992; RAFAEL ENTRENA CUESTA. "Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, n.º 24, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957; RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis, 1999; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", en *Revista de Administración Pública*, n.ºs 41-42, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1993; FERNANDO GARRIDO FALLA. "El negocio jurídico del particular en el derecho administrativo", en *Revista de Administración Pública*, n.º 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950; ÍD. *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1992; LUCIANO PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003; SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996; JUAN CARLOS CASSAGNE. *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999; JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977; Universidad Externado de Colombia. *Banco de datos jurídicos*, "Contratación estatal. Legislación y jurisprudencia"; JAIME VIDAL PERDOMO. "La noción de contrato estatal en el derecho colombiano", ponencia no publicada, Bogotá, 1999; JOSÉ LUIS VILLAR PALASI y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, t. III, "Contratación administrativa", Madrid, Universidad de Madrid, 1983.

Contenido: 1. Aproximaciones a un concepto de contrato del Estado bajo los parámetros del Estado social de derecho. 1.1. La insuficiencia de los criterios orgánicos y el del recurso público para determinar un concepto material de contrato estatal. 1.2. Las tentativas de construcción de un concepto material de contrato estatal a partir de la interrelación del régimen jurídico de los contratos estatales, el derecho civil y comercial y los principios constitucionales. 1.3. Conceptos materiales de contrato estatal propuestos. 1.3.1. Concepto material de contrato estatal vinculado a las ideas de conmutatividad y reciprocidad negocial. Consecuencias. Regla general. 1.3.1.1. Acuerdo de voluntades. 1.3.1.2. Contenido económico. 1.3.1.3. Contrato oneroso 1.3.1.4. Sinalagmático y conmutativo. 1.3.1.5. Negación de lo aleatorio. 1.3.1.6. Carácter solemne. 1.3.1.7. Contrato principal excepcionalmente accesorio. 1.3.1.8. Sujeción al principio de igualdad. 1.3.1.9. Sujeción al principio de interés público o general. 1.3.1.10. Sujeción al principio de planeación. 1.3.1.10.1 Sujeción al concepto de discrecionalidad. 1.3.1.10.2. Sujeción al principio de ponderación. 1.3.1.10.3. Sujeción al principio de proporcionalidad. 1.3.1.10.4. Sujeción al principio de previsibilidad o de contingencias plenas. La estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos. 1.4. Concepto material pero excepcional de contrato estatal vinculado a la idea de unilateralidad de efectos. Ausencia de reciprocidad. Consecuencias. 2. El equilibrio económico del contrato estatal conmutativo y sinalagmático y las causas de su ruptura. 2.1. Caracterización normativa del equilibrio y su ruptura. 2.1.1. El equilibrio y la permanencia de la conmutatividad son recíprocos. 2.1.2. Imputabilidad de las cargas relativas al restablecimiento. 2.1.3. Causas de la ruptura del equilibrio contractual en el contrato estatal. 2.1.3.1. Causas imputables a la administración pública contratante. 2.1.3.2. Por el hecho del príncipe. 2.1.3.3. Imprevisión. 2.1.3.4. Causas imputables al contratista. 2.1.4. El restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. 3. Conclusiones.

Problema jurídico: Mediante el presente escrito se pretende responder al interrogante de si en el contexto del Estado social de derecho en donde el contrato constituye un importante instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales, necesariamente el régimen jurídico del contrato debe corresponder a un modelo de estricto derecho administrativo altamente sustantivizado, o si por el contrario resulta coherente con la esencia de este postulado constitucional la coexistencia de un régimen de la contratación pública y del contrato estatal propiamente dicho, caracterizado por la interrelación inmediata y necesaria de subsistemas jurídicos pertenecientes al ámbito del derecho positivo, dentro de los que se destacan el comercial y el civil, conforme a las expresas remisiones que al respecto efectúa nuestra ley de contratación pública. De ser así las cosas, se busca responder si en estas circunstancias legales el concepto de contrato de Estado coincide en lo material con el contrato propiamente celebrado entre particulares, y si la estructuración del contenido de los mismos se sujeta real y plenamente a principios propios e inspiradores de lo privado como lo es la autonomía de la voluntad. En esta dirección, trataremos de determinar el alcance y las consecuencias que en el contrato del Estado pueden tener fenómenos como el sinalagmático y el

conmutativo, tan particulares a la caracterización de ciertos negocios privados, y dentro de estos, en especial, el alcance que en lo público puede tener el concepto de reciprocidad, si se tiene en cuenta que la coexistencia de subsistemas del derecho positivo como el comercial, el civil y el propiamente administrativo, no niega ni impide en nuestro ordenamiento jurídico, por expresa remisión constitucional, la preservación de principios como los del interés público y general, y el de la previsibilidad en los asuntos públicos, en especial en lo relativo a sus negocios estatales. Para estos efectos se hacen las siguientes consideraciones:

1. APROXIMACIONES A UN CONCEPTO DE CONTRATO DEL ESTADO BAJO LOS PARÁMETROS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La estructuración jurídica de un concepto operativo de contrato estatal o por lo menos cualquier aproximación que se intente en torno a la figura, reconociéndole su carácter de mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado², no solo conlleva complicaciones formales y normativas, sino que también, dado el origen privado de la institución, significa admitir su naturaleza compleja: en primer lugar, la de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, que, por lo demás, debe ser preservado en la economía del contrato mismo, por lo tanto sumida inevitablemente en conceptos que involucran compromisos con los intereses de la comunidad³; y, en segundo lugar, la de fuente de obligaciones conforme a las elaboraciones del derecho privado, pero, como se advierte, bajo consideraciones immanentes con los intereses públicos y comunitarios, esto es, en absoluta posición dicotómica respecto de los contenidos individualistas y subjetivos, derivadas de las corrientes clásicas sustentadoras del derecho privado, lo que implica inexorablemente, en la hora actual de la disciplina, la articulación de normas, reglas y principios derivados del subsistema jurídico positivo privatista en interrelación permanente con principios, reglas e incluso normas inspiradas en el mantenimiento y preservación de intereses públicos y generales vinculado necesariamente al carácter social de nuestro Estado de derecho⁴, en lo que podríamos denominar la configuración de un peculiar régimen jurídico y conceptual de contrato estatal, que no recoge los extremos fundamentalistas de la pretendida sustantividad del contrato estatal⁵, ni la de la exclusiva sujeción de este a los parámetros de los principios privatistas nugatorios de lo público⁶.

2 PAREJO ALFONSO. *Derecho administrativo*, cit., p. 964.

3 *Ibíd.*, pp. 964 y 965

4 PAREJO ALFONSO. *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 121 y ss.

5 PALASI y EZCURRA. *Principios de derecho administrativo*, cit.

6 GARCÍA DE ENTERRÍA. "La figura del contrato administrativo", cit.

Se trata de abordar una problemática poco pacífica para la doctrina, no sólo en razón de los intereses que la materia involucra, sino también en virtud de las radicales transformaciones que se han consolidado en el derecho administrativo en los últimos años, producto de la evolución de la economía y de las concepciones filosóficas y políticas en torno a lo público y el papel de los privados en la atención de todo aquello susceptible de contenido económico, bajo conceptos de economía de mercado y competencia⁷ que plantean un retomar de los contenidos privatistas contractuales para los asuntos negociales del Estado⁸. Estas situaciones evidentemente han impactado en el derecho nacional de la contratación pública, en donde se ha pasado de un esquema de contrato estatal regido por el derecho privado⁹ a un esquema mixto, sin desconocer las épocas de profunda influencia de las teorías de la sustantividad francesa de la figura¹⁰.

7 CASSAGNE. "El servicio público en el campo de la contratación administrativa", publicado en *Servicios públicos, regulación y renegociación*, obra conjunta con el profesor GASPAR ARIÑO ORTIZ, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo Perrot, 2005, pp. 51 y ss.

8 CASSAGNE. *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 12 y ss.

9 Puede consultarse respecto de los antecedentes de la normatividad contractual a CARLOS H. PAREJA. *Curso de derecho administrativo. Teórico y práctico*, Bogotá, ABC, 1937, p. 161. En su descripción del sistema dominante, este autor resalta que la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no había incorporado plenamente los principios y reglas del derecho francés sobre el control judicial contencioso administrativo. Profundamente influenciado por la escuela de los servicios públicos, PAREJA reclama, por esta época, sujetar el contrato del Estado a la concepción bipartita de contratos administrativos y de derecho privado de la administración, con base en la idea de que el Estado, por principio, debe preservar el interés general que involucra todo servicio público. Señala PAREJA que por aquella época la influencia extraordinaria de los estudios de derecho romano y derecho civil en nuestras facultades hacía que nuestros juristas, estadistas y presidentes se formaran en la creencia errónea de que el Estado, "al disponer por concesión de sus petróleos, de sus minas, de sus tierras, etc., lo hace como persona privada, sujeto únicamente a las reglas del Código Civil, y allí se ha originado la disposición que asigna a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de todos los litigios provenientes de contratos que celebra el Estado [...] No se ha formado en Colombia, como ya observamos, una teoría de los actos administrativos, y menos un criterio uniforme y seguro sobre esa clase especial de actos de la Administración Pública que se conocen con el nombre de concesiones y contratos administrativos [...]".

10 En cuanto se refiere a las épocas características del régimen jurídico de los contratos del Estado en el derecho colombiano, podemos destacar las siguientes: 1. El régimen jurídico nacional ha pasado por casi todas las posturas ideológicas en materia contractual; inicialmente y durante muchos años el contrato del estado se rigió por las normas y principios del derecho privado, etapa que se agota prácticamente con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964. 2. A partir de esta fecha, sobre la base de una simple reforma judicial de competencias contenciosas respecto de los contratos de la administración pública, se pasa de manera intempestiva a un sistema profundamente influenciado por los trabajos sustantivadores del contrato del Estado derivados del derecho administrativo francés que incorporaba principios y procedimientos de derecho público para la escogencia de contratistas por el Estado haciendo profundas diferencias entre el contrato de derecho privado y el propiamente administrativo, a la vez que trasladaba sus litigios al juez contencioso

Esto significa que el estudio de la institución del contrato desde la perspectiva estatal invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios, en algunos casos extraños entre sí, pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario. Esto brinda respuestas a los fenómenos propios del consentimiento que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de éstas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general¹¹, lo que hace imposible en la hora actual de la institución hablar a la usanza clásica del derecho administrativo de corte francés de un régimen unitario del contrato del Estado¹².

administrativo (Decreto 528 de 1964, Decreto 150 de 1973 y, posteriormente, Decreto 222 de 1983). 3. Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se termina en el derecho colombiano con la diferencia entre contratos de derecho público y de derecho privado, y surge la figura del contrato estatal, el cual se sujeta a principios de derecho público y de derecho privado, aunque debe anotarse que el legislador para ciertas entidades ha diseñado un contrato estatal sujeto, por regla general, al derecho privado, y excepcionalmente al derecho administrativo. Estos cambios básicos comenzaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal, que sumida en el principio de la libre competencia económica consideraba que los actores públicos no podían ser un obstáculo para el ejercicio de dicha libertad. Y que el Estado, al igual que los particulares, por regla general debía actuar en el tráfico jurídico ordinario en condiciones de igualdad; por lo tanto, resultaba inevitable abandonar las rígidas estructuras que sobre contratación estatal el Estado intervencionista había montado a partir de los años sesenta, en pretendida sustantividad del contrato administrativo, y abrirle paso a un sistema mucho más coherente con los fenómenos de la economía y la globalización, frente a los cuales los entes públicos no podían estar ausentes, ni mucho menos excluidos; con todas las consecuencias que este planteamiento implicaba desde el punto de vista jurídico, en la medida en que llamaba a modificar las estructuras sustentadas en los principios y dogmas de estricto derecho administrativo. 4. Los conceptos básicos de la Ley 80 de 1993 en cuanto remisión al derecho privado en la base de la legalidad del contrato estatal, son reiterados en la reforma a la ley de contratación pública introducida por la Ley 1150 de 2007; sin embargo, en esta reforma se hace un profundo énfasis en los asuntos relativos a los procedimientos de selección de contratistas, determinando un régimen característicamente interventor y reglado en la materia.

11 Puede consultarse a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, cit., p. 69. Por otra parte, en cuanto respecta propiamente al régimen jurídico colombiano de los contratos del Estado, se ha entendido, por vía jurisprudencial, que el contrato del Estado comparte ese ámbito integrador de lo público y lo privado. En sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 23 de septiembre de 1997, C. P.: CARLOS BETANCOURT JARAMILLO, exp. S-701, expuso la Corporación que “El legislador de 1993, mediante la Ley 80, pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado [...]”.

12 CASSAGNE. *El contrato administrativo*, cit., p. 14.

1.1. LA INSUFICIENCIA DE LOS CRITERIOS ORGÁNICOS Y DEL RECURSO PÚBLICO PARA DETERMINAR UN CONCEPTO MATERIAL DE CONTRATO ESTATAL

Ahora bien, sobre la base del reconocimiento de esta complejidad naturalística, sumirse en un concepto material de contrato del Estado o estatal, como se le denomina en nuestra legislación, implica desbordar la aproximaciones normativas al problema efectuadas en la Ley 80 de 1993, en donde de manera simple se le concibe como el negocio en donde una de las partes es una entidad de carácter público estatal, o un particular que cumple funciones administrativas, que se compromete y obliga frente a quien satisface sus necesidades, sea este otra entidad estatal o un particular, o un conjunto de estos, según el caso (artículos 1.^o¹³, 2.^o¹⁴ y 32 de la Ley 80 de 1993)¹⁵.

13 Ley 80 de 1993. "Artículo 1.º Del objeto. La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales."

14 Ley 80 de 1993. "Artículo 2.º De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley:

1.º Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos."

15 Lo anterior para los casos en los cuales opera plenamente el régimen jurídico del contrato estatal, por que es cierto que nuestra legislación establece excepciones al respecto. Diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son sólo administrativas, sino que en muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares y que merecen destacarse los tenemos, por ejemplo, en el caso de las sociedades entre entidades públicas del artículo 94 de la Ley 489 de 1998, así como en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenido en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las universidades públicas (Ley 30 de 1992). La misma situación jurídica se predica del régimen aplicable a los contratos de algunas otras entidades que, sin discusión alguna, son verdaderas entidades públicas (caso concreto de los hospitales y de los contratos que celebren las entidades públicas con organismos sin ánimo de lucro), casos en los cuales, por expresa disposición de sus correspondientes normatividades, se aplica el derecho privado como el régimen jurídico principal. Ahora bien, la situación se agudiza a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, en donde de manera general se

Adicionalmente, el concepto de contrato estatal no puede resumirse en la también insuficiente descripción que del mismo se hace en nuestra reciente legislación de contratación pública (artículo 1.º Ley 1150 de 2007¹⁶), según la cual, son contratos del Estado todos aquellos que se realizan con recursos públicos, a los cuales se les aplica, en consecuencia, el derecho especialmente diseñado para este tipo de negocios contenidos en la mencionada ley.

Definitivamente, así nos entronquemos en las aproximaciones conceptuales del texto original de la Ley 80 de 1993, que partía de un criterio orgánico en torno al diseño de un concepto de contrato del Estado, o en la nueva legislación, que rompe con lo orgánico y se matricula en el criterio del recurso público, estaríamos asumiendo el problema del concepto de la institución desde perspectivas estrictamente formales y poco trascendentes. Estas perspectivas eventualmente incursionan por senderos pretendidamente sustantivadores de la institución, pero no logran el cometido propuesto y realmente resultan frustrantes, en la medida en que, dado el carácter superficial de los criterios que involucran (orgánico o del origen del recurso involucrado en la contratación), no definen una sustancia propia del negocio, sino que más bien destacan algunas de sus particularidades indiscutibles y por lo tanto obvias, sin suficiencia para que podamos solo con ellos sustentar un concepto material de contrato estatal.

exceptúa del régimen de contratación pública a todas las entidades públicas que desarrollen su objeto social en condiciones de mercado y competencia. La referencia al derecho propio de las actividades de mercado y de la competencia, sin embargo, no es absoluta, de todas maneras, y para todos los casos, el legislador en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en forma perentoria e imperativa, obliga a que dentro de los procesos contractuales que deban regirse por las disposiciones y principios del derecho privado, se apliquen principios propios de la función pública, esto en la medida en que de una u otra manera, quiérase o no, así la actividad sustraída del marco de la contratación pública sea típica o propia de mercado y competencia, la misma se hace por servidores públicos y en ella están comprometidos recursos públicos en los términos del artículo 1.º de la Ley 1150 de 2007. Sobre esta base se dispone en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007 que "[...] Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso, y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal [...]". Esto es, todo proceso de selección que adelanten las entidades exentas del régimen de la contratación pública estatal, deben preservar y respetar siempre y en todo lugar los principios rectores de la función pública administrativa, los relativos al control fiscal y aplicar de manera estricta el mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades establecido en la Ley 80 de 1993 y en demás disposiciones aplicables a los contratos del Estado, a los contratos que tramiten y celebren estas entidades.

16 Ley 1150 de 2007. "Artículo 1.º *Objeto*. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos."

Nadie desconoce, ni pone en duda, que en todo contrato estatal necesariamente debe estar presente el Estado a través de su aparato administrativo, representado en alguna de sus formas orgánicas, en cuanto parte natural y evidente de este tipo de negocios. Y así mismo resulta obvio, evidente y necesario en la contratación pública, que los recursos involucrados en ella deben ser los públicos, circunstancias que de ninguna manera pueden ser determinantes de una caracterización sustancial, sino más bien formal, en cuanto no dicen nada más de lo que, de por sí, cada una de ellas representa, resultando difícil, por no decir imposible, a partir de ellos, construir una teoría material en torno al concepto de contrato estatal.

Así las cosas, podemos válidamente sostener que desde la perspectiva de la normatividad citada no es viable deducir la existencia de un concepto material de contrato estatal y que por lo menos en nuestro derecho, estamos muy lejos de realmente garantizar la existencia de un contrato del Estado verdaderamente sustantivo, radicalmente diferente del contrato diseñado por el derecho privado, por lo menos desde el punto de vista de su caracterización material.

1.2. LAS TENTATIVAS DE CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO MATERIAL DE CONTRATO ESTATAL A PARTIR DE LA INTERRELACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES, EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Esto es, que los pretendidos conceptos legales en torno al contrato del Estado realmente no se comprometen en aproximaciones sustanciales, sino que simplemente acuden a criterios meramente superficiales y anacrónicos por sí solos, para la identificación de una institución milenaria que de por sí entraña una dinámica diferente y de connotaciones verdaderamente significativas desde la perspectiva de su contenido, el cual inevitablemente se desprende de las elaboraciones del viejo derecho civil y de las reglas actuales del derecho comercial.

Es más: podríamos afirmar, para avivar la discusión, que los criterios orgánicos y el del origen de los recursos, antes criticados por insuficientes para el logro de nuestro objetivo conceptual, de todas maneras no pueden pasar desapercibidos en un análisis integral y contextual del régimen normativo de la institución en el derecho colombiano.

Una aproximación a un concepto vital de contrato estatal nos llama a abreviar en fuentes normativas y de principios mucho más profundas; en esta dirección, los anteriores criterios deben conjugarse con lo dispuesto en los artículos 13¹⁷,

17 Ley 80 de 1993. "Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley."

28¹⁸, 32¹⁹ y 40²⁰ de nuestra ley de contratación pública, Ley 80 de 1993²¹, que incorporan un carácter mixto al contrato del Estado²² y establecen de manera

- 18 Ley 80 de 1993. "Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos."
- 19 Ley 80 de 1993. "Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: [...]"
- 20 Ley 80 de 1993. "Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.
Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.
En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.
En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley [...]"
- 21 La Ley 80 de 1993, de manera expresa incorporó al contrato del Estado, dentro de un contexto mixto, tanto principios de derecho público como de derecho privado, donde lo público predomina sobre lo privado pese a que importantes componentes del contrato se sujetan ampliamente a las reglas civiles y comerciales. Se instauró así un sistema donde las normas y principios del derecho administrativo constituyen la regla general, y de manera complementaria, en ciertos casos y frente a determinadas circunstancias del contrato, se aplican las normas del derecho privado, sin que el contrato pierda su naturaleza de público.
- 22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, exp. 1402 de 1998, en *Banco de datos jurídicos* (salvo indicación en contrario, se hace referencia, siempre, a "Contratación estatal"). Sobre la problemática del derecho público y privado en la ley de contratación del Estado expuso el Consejo: "Como ya lo ha expresado la Corporación, mediante la Ley 80 de 1993 la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, el precitado artículo 32 prescribe que los actos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto se encuentran 'previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad', así como los que, a título enunciativo, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra la ley o derecho ajeno. Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto

perentoria la necesidad de que cualquier análisis y aproximación al fenómeno contractual del Estado se penetre irremediabilmente de la normatividad, la tipología, el contenido y demás disposiciones establecidas en los códigos de comercio y civil, al igual que de los mandatos derivados de los principios de la autonomía de la voluntad²³, buena fe, igualdad, equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos.

Todo lo anterior, sin embargo, tal como se desprende del inciso final del artículo 40 de nuestra ley de contratación pública, con estricta sujeción a la Constitución Política, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la ley de contratación y de la buena administración, obviamente sujetándose siempre y para todos los efectos, independientemente del contrato que la administración adopte como idóneo y adecuado para satisfacer sus necesidades, a la preceptiva

contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual; el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público. Así, por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc. Por otra parte, existen contratos estatales que por disposición legal son regulados por el derecho privado sin perder tal condición, por ejemplo el contrato de fiducia pública, al cual, por virtud del numeral 5 artículo 32, del estatuto contractual, 'le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil', en cuanto sean compatibles con dicho estatuto".

- 23 Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001. M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ: "Particularmente, en cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley".

fundamental derivada del concepto de interés público o general, en los términos de los artículos 2.^o²⁴, 123 (inc. 2.^o)²⁵ y 209²⁶ constitucionales²⁷.

Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado articula, en los términos y condiciones antes mencionados, es decir que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer, como lo hemos expuesto ampliamente, la caracterización privatista de la institución, pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2.^o constitucional²⁸.

24 Constitución Política de Colombia. "Artículo 2.^o Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

25 *Ibíd.*, artículo 123, inc. 2.^o: "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento."

26 *Ibíd.*, artículo 209: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."

27 Corte Constitucional. Sentencia C-949 del 5 septiembre de 2001. M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ: "Con fundamento en la autorización contemplada en el canon 150 Superior para regular los contratos del Estado, el legislador dictó la Ley 80 de 1993, que está apuntalada filosóficamente sobre dos premisas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la incorporación de los principios del derecho privado, con las cuales se pretende combatir la ineficiencia administrativa que en este campo de la actividad estatal había originado para esa época el exceso de trámites y la abundancia de procedimientos. Igualmente, el estatuto contractual se fundamenta en los principios de transparencia, economía y responsabilidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), en el postulado de la buena fe establecido en el artículo 83 de la Carta Política, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa consagrados en el artículo 209 Fundamental."

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 20 agosto de 1998, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES, exp. 1042. "La aplicación del derecho civil y del comercial tiene el propósito de garantizar la libre economía y la apertura globalizadora, al igual que la libre empresa. Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado precisamente que "[...] lo anterior es perfectamente comprensible, por cuanto las grandes tareas y responsabilidades que el Estado, en materia social y económica, está llamado a cumplir, los desafíos del desarrollo tecnológico y comercial, las políticas económicas de globalización, exigen del Estado una respuesta ágil, oportuna y ética, que no podrá producirse convenientemente."

Ahora bien, de manera primordial y sobre todo especial, la aproximación a las bases del concepto material de contrato estatal implica forzosamente admitir, en cuanto es presupuesto legal fundamental para estos propósitos, como lo determinan los artículos 4.º (nums. 3²⁹ y 8³⁰); 5.º (num. 1³¹); 25 (nums. 13 y 14³²); 27³³ y 28 de la Ley 80 de 1993, su carácter de fenómeno económico. De aquí la nece-

temente dentro de los procedimientos del derecho público, por lo cual se ve precisado a acudir a instituciones de derecho privado que le permiten cumplir tales propósitos [...]."

- 29 Ley 80 de 1993. "Artículo 4.º De los derechos de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior: [...] n.º 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato."

- 30 Ídem: "De los derechos de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior: [...] n.º 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado."

- 31 *Ibíd.*, artículo 5.º: "De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3.º de esta ley, los contratistas: 1.º Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato."

- 32 *Ibíd.*, artículo 25: "Principio de economía. En virtud de este principio: [...] n.º 13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

N.º 14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados."

- 33 *Ibíd.*, artículo 27: "De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán

sidad de predicar para el mismo una regla básica e indispensable para garantizar la convivencia en la relación negocial, cual es la de la existencia de un equilibrio permanente entre las prestaciones y el derecho de las partes involucradas, lo que implica partir del expreso reconocimiento legal y admitir su carácter conmutativo y oneroso; por lo tanto, compartir la esencia de lo sinalagmático que la conmutatividad implica, por lo menos para los casos en que proceda, construyendo con esta caracterización una grande e importante regla general en cualquier intento de construcción de un concepto de fondo de contrato estatal, esto en la medida en que dado el carácter amplio del artículo 32 de nuestra ley de contratación pública, es posible encontrar contratos del Estado excepcionalmente de efectos unilaterales, donde resulta difícil sostener la operatividad de la conmutatividad.

1.3. CONCEPTOS MATERIALES DE CONTRATO ESTATAL PROPUESTOS

Así las cosas y a título de una primera conclusión parcial dentro del presente trabajo, es forzoso decir que no es posible trabajar un concepto único material de contrato estatal. Las observaciones efectuadas nos incitan a que de manera general intentemos elaborar un concepto comprensivo del mayor número de hipótesis posibles de contrato estatal, aceptando que la amplitud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 admite multiplicidad de hipótesis contractuales, lo cual nos lleva a configurar una clara regla de excepción al concepto que se propondrá donde se retoman hipótesis que de manera alguna encajan en las reglas generales expuestas en las normas del estatuto de contratación de la administración pública, del Código Civil y del Código de Comercio. En esta oportunidad, profundizaremos exclusivamente sobre un concepto general, reconociendo las excepciones sobre las cuales no nos ocuparemos. En consecuencia y bajo el anterior entendido, se propone lo siguiente en torno a la estructuración de concepto de contrato estatal configurador de una regla general en la materia:

1.3.1. Concepto material de contrato estatal vinculado a las ideas de conmutatividad y reciprocidad negocial. Consecuencias. Regla general

Entendemos entonces por contrato del Estado o estatal todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general

adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate."

recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.

1.3.1.1. ACUERDO DE VOLUNTADES

Se afirma y sustenta el concepto propuesto de contrato estatal, en concordancia con las remisiones del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a la legislación civil y comercial, en los postulados doctrinales que del contrato se recogen de manera prácticamente similar los artículos 1495³⁴ del Código Civil y 864³⁵ del Código de Comercio, en el entendido de que el contrato es ante todo un acuerdo de dos o más partes; esto resulta innegable en los contratos estatales, en los cuales el negocio se construye sobre la base del consentimiento³⁶, de una real y evidente acción consensuada entre el Estado y sus interlocutores negociales³⁷, y no de manifestación e imposición unilateral de voluntad de la administración, como se llegó a sostener en algunas etapas ya vencidas de la evolución de la institución, negando de paso la existencia del fenómeno negocial del Estado³⁸.

En consecuencia, el contrato del Estado implica el entendimiento y, por lo tanto, el acuerdo de voluntades al que se llega a través de mecanismos institu-

34 Código Civil. "Artículo 1495. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."

35 Código de Comercio. "Artículo 864. Definición de contrato. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851."

36 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 144 y ss.

37 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 325.

38 La tesis se les atribuye dentro de la doctrina alemana a los trabajos del profesor OTTO MAYER. Este autor sostenía la imposibilidad de la existencia de contrataos entre el Estado y los particulares en razón de que se trataba de partes de naturaleza y categoría diferentes. El contrato presupone, expresa el autor, sujetos jurídicos de la misma categoría, lo cual resulta imposible de darse en la media en que el Estado, en cuanto sujeto de derecho público, implica siempre subordinación y fuerza vinculante unilateral. En la realidad de las cosas, reitera, más que de contratos, el problema es de actos administrativos. Esta tesis fue expuesta por OTTO MAYER en el año de 1888 en un artículo titulado "Zur Lehre von öffentlichrechtlichen Verträge", AOR, Bd 3 (1888) S.3 ff., Citado por HARTMUT MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, SERGIO ANTONIO FABRIS (ed.), Porto Alegre, 2001, p. 132.

cionales derivados de una estricta legalidad selectiva, cumpliendo las previsiones derivadas del concepto de interés público o general que se concreta en la necesaria materialización de los principios imperativos de planeación, transparencia, publicidad y selección objetiva³⁹, lo cual marca de entrada, para el concepto, una frontera indiscutible con el contrato propiamente entre particulares y desvirtúa el que la aplicación normativa del derecho privado al concepto de contrato estatal se haga con la misma intensidad con que se hace en las relaciones entre particulares⁴⁰. Lo cual, sin embargo, no desvirtúa el que la norma objetiva derivada de las codificaciones comercial o civil se aplique al fenómeno negocial del Estado pero bajo el espíritu derivado de los principios públicos, donde estos no desvirtúan en manera alguna las obligaciones adquiridas por la administración, esto es, no es el contrato en este contexto manifestación alguna de ejercicio de poder por regla general⁴¹.

4.3.1.2. CONTENIDO ECONÓMICO

El contrato del Estado es así mismo una fuente de obligaciones conforme los parámetros del artículo 1494 del Código Civil. En este sentido, su contenido, tal como se desprende de los artículos 1495 del Código Civil y 864 del Código de Comercio, es estrictamente obligacional y está dirigido inevitablemente a construir, regular o extinguir relaciones jurídicas obligacionales que inciden en la esfera patrimonial de las partes relacionadas, es decir, que son de contenido y carácter indiscutiblemente económico intersubjetivo y, por lo tanto, cumple una función sustentada en este elemento fundamental, de conformidad con las características de cada negocio que se considere conveniente y adecuado a los fines, propósitos y necesidades públicos o generales. Por otra parte, por su posición en el marco de las políticas públicas, se puede considerar igualmente que el contrato, desde la perspectiva general, configura para el Estado un importante mecanismo macroeconómico⁴².

4.3.1.3. CONTRATO ONEROSO

En esta dirección y para efectos de este concepto operativo de contrato estatal con sujeción a las categorías de sinalagmático y conmutativo, debemos destacar en consecuencia que resulta predicable de manera directa a los contratos que

39 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 143 y ss.

40 ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 62 y ss.

41 LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 100.

42 FERNANDO ARAÚJO. *Teoría económica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 13 y ss.

queden sujetos al concepto su carácter de necesariamente onerosos, en contraposición a los simplemente gratuitos conforme a la clasificación propuesta en el artículo 1497 del Código Civil, lo que implica, dentro del concepto propuesto, que las incidencias económicas patrimoniales de las obligaciones pactadas se den en la esfera de ambas partes; esto genera utilidades para ellas, es decir, como lo destaca la norma indicada, se genera una especie de gravamen de cada parte en beneficio de la otra⁴³, situación trascendente dentro del esquema conceptual propuesto y fundamento inequívoco de la conmutatividad que manda el artículo 28 de la Ley 80 de 1993.

1.3.1.4. SINALAGMÁTICO Y CONMUTATIVO

Se destacan del concepto propuesto otros dos elementos fundamentales para su conformación, cuales son el de su carácter, por regla general, de recíproco en las prestaciones⁴⁴, al igual que el conmutativo en la relación, que, como se advierte a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales⁴⁵, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista⁴⁶; surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los ob-

43 OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., p. 62.

44 ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., pp. 241 y ss.

45 Corte Constitucional, Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M. P. RODRIGO ESCOBAR GIL: "El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico negocial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa."

46 GABRIEL ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, t. II, *Contratos*, Medellín, Dike, 1994, p. 200: "Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado [...]"

jetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes⁴⁷.

Bajo las exigencias del régimen positivo del contrato del Estado, y de su principio rector del interés público y general, la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad y que adquieren fuerza no por su real equivalencia, sino en la medida en que el artículo 1498⁴⁸ del Código Civil la presume en razón de la manifestación voluntaria y de buena fe⁴⁹ de las partes intervinientes que así lo quieren y expresan⁵⁰.

Sobre esta base se edifica para el contrato del Estado, por regla general, no solo la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o contratar, sino también su concepción negativa, la de la ruptura o quiebre de esa relación objetiva balanceada con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado, y por factores exógenos a las partes del negocio jurídico⁵¹, teoría ostensiblemente diferente de la del simple derecho privado⁵².

No obstante las anteriores construcciones doctrinales respecto de la conmutatividad propia y particular del contrato del Estado, no desconocemos que en el contrato típicamente privado, la conmutatividad, aunque se funda en la concepciones derivadas de la autonomía de la voluntad, también implica un equilibrio

47 Ídem: "[...] No ocurre lo mismo en el derecho público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual."

48 Código Civil. "Artículo 1498. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio."

49 ANTONIO MANUEL DA ROCHA e MENESES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 853 y ss.

50 ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 447 y ss.

51 GARCÍA DE ENTERRÍA. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", en *RAP*, n.2, mayo-agosto de 1950.

52 Laudo arbitral del 24 de noviembre de 2000, tribunal de arbitramento constituido para dirimir los litigiosos surgidos del contrato MI 100 para la construcción y suministro de equipos electromecánicos para el proyecto de la hidroeléctrica Miel I. Partes: Constructora Edilberto Odebrecht S. A.; Grupo Mexicano de desarrollo S. A.; GMD Asea Brown Boveri Ltda.; ABB Sae Sadelimi SPA; Kvaerner Energy AS V/S Sociedad Fiduciaria Anglo S. A. Fiduanglo, Fidecomiso Miel I.

de la relación, tal como se deduce de los textos legales civiles y comerciales y lo ha sostenido históricamente la doctrina privatista. De aquí que se identifiquen diversos factores, por lo demás retomados en los códigos Civil y Comercial⁵³, que determinan situaciones de ruptura de la conmutatividad en estos contratos, tales como el precio irrisorio, la lesión enorme, la violencia generalizada, la imprevisión e imposibilidad sobrevenida, la desvaloración monetaria, la alteración de precios y calidades, el salario mínimo y el desequilibrio económico por vicio-temor⁵⁴.

1.3.1.5. *NEGACIÓN DE LO ALEATORIO*

El concepto en estudio implica, de hecho, y en virtud de la sustracción de materia que conlleva la onerosidad y conmutatividad en que soportamos la propuesta, la proscripción necesaria de cualquier destino aleatorio del contrato del Estado bajo este primer supuesto conceptual. La conmutatividad que ordena la ley en el contrato del Estado, bajo los supuestos normativos, principalmente del artículo 28 de la Ley 80 de 1993, al momento de proponer o contratar riñe en absoluto con el contenido y la naturaleza jurídica de todo negocio aleatorio que de por sí implica la sujeción, no a la planeación previa vinculante y obligatoria del negocio y a la fijación de los referentes objetivos de riesgos y costos como presupuestos básicos para garantizar los intereses públicos y generales, sino, por el contrario, a la suerte, al devenir incierto y abierto de contingencias en donde no se puede saber a ciencia cierta cuál va a ser el destino patrimonial y económico de las partes involucradas en la relación.

Lo que se quiere en nuestro ordenamiento por regla general no son destinos inciertos y oscuros para el contrato del Estado, o el riesgo absoluto en los negocios públicos, sino, por el contrario, la medida, el cuidado, la planeación suficiente, la distribución de riesgos y no el camino fácil de la asunción de responsabilidades y riesgos sin control, en una especie de tránsito a ciegas por penumbras inexploradas.

El contrato del Estado está dominado por la regla general de la previsibilidad, lo que hace que se deba negar el paso a cualquier hipótesis de modalidad comercial aleatoria, no solo por atentatoria contra el interés público en la medida en que pone en peligro el patrimonio de la comunidad, sino en cuanto a que a partir del carácter imperativo de la planeación contractual y de la distribución de riesgos en los términos de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, prácticamente un contrato del Estado que se caracterice por aleatorio estaría viciado de nulidad absoluta por causa ilícita puesto que desconocería el derecho público de la Nación en los términos del artículo 44 (num. 2) de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el 1523 del Código Civil, salvo que se trate de un contrato típicamente unilateral a la

53 ESCOBAR SANÍN. *Negocios civiles y comerciales*, cit., p. 200.

54 *Ibíd.*, p. 200 y ss.

luz del artículo 1496⁵⁵ del Código Civil e igualmente gratuito según lo dispuesto en el artículo 1497⁵⁶ de la misma codificación, en donde el riesgo absoluto del negocio sea asumido por el contratista y no por el Estado y a su vez éste no corra con pérdida alguna, pero sí participe de las ganancias, y sea el Estado titular tan solo de utilidades, esto es, bajo hipótesis y escenarios negociales absolutamente excepcionales.

1.3.1.6. CARÁCTER SOLEMNE

Por otra parte, se puede predicar de los contratos estatales su carácter solemne no solo para su perfeccionamiento y posterior legalización, sino también para la selección de contratistas y, eventualmente, para su ejecución, como cuando se trata de transferir bienes inmuebles o muebles sujetos a registro que según lo ordenando está sujeto a solemnidades y hace del mismo un negocio real, lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los artículos 39⁵⁷ y 41⁵⁸ de la Ley 80 de 1993 y en el 1500⁵⁹ del Código Civil.

55 Código Civil. "Artículo 1496. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente."

56 *Ibíd.*, artículo 1497: "El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro."

57 Ley 80 de 1993. "Artículo 39. De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales."

58 *Ibíd.*, artículo 41. "Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda" (inciso modificado por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007).

59 Código Civil. "Artículo 1500. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento."

1.3.1.7. CONTRATO PRINCIPAL EXCEPCIONALMENTE ACCESORIO

Por su misma naturaleza, el concepto que nos ocupa de contrato estatal es por principio, de acuerdo con las características anotadas, un contrato principal, esto es, que tiene existencia y efectos jurídicos por sí mismo. De manera excepcional, para casos específicos en que se requiera para el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato principal, el contrato estatal puede ostentar la característica de accesorio, esto es, de instrumento adecuado y necesario para efectuar cualquier operación que requiera una obligación de carácter principal, esto de conformidad con las previsiones del artículo 1499⁶⁰ del Código Civil.

1.3.1.8. SUJECCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Se expresa en el concepto expuesto que el contrato estatal se celebra, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad en aras del interés público o general, queriendo con esto significar que en Colombia, a partir de la vigencia de la Ley 80 de 1993, al romperse la concepción clásica francesa que diferenciaba entre contratos de derecho administrativo y los propiamente privados de la administración, se consolidó a la igualdad como principio y a la unilateralidad de la administración como una excepción de aplicación altamente restrictiva a casos taxativamente señalados en la ley, esto a través de la determinación de un nuevo régimen de cláusulas denominadas propiamente como excepcionales y no en la jerga clásica del contrato administrativo francés como exorbitantes⁶¹.

Recordemos que bajo el anterior régimen contractual, esto es, el influenciado por los trabajos franceses en la materia, se hacía del contrato propiamente administrativo el ámbito de aplicación de la llamada exorbitancia pública que se traducía en cláusulas no pactadas, sino imperativamente impuestas en los contratos y que facilitaban el ejercicio del poder público unilateral sobre el contrato y el contratista, esto como presupuesto fundamental y justificativo de la pregonada

60 *Ibíd.*, artículo 1499: "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella."

61 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, en *Banco de datos jurídicos*, cit.: "El interés público implícito en la contratación estatal afecta de tal manera este instituto jurídico que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la prominencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general [...]".

sustantividad del contrato administrativo; con esto se marcaban fronteras y diferencias entre el contrato público y el propio de lo particulares y se justificaba por lo tanto un régimen diferente de derecho público para el mismo.

En este sentido, bajo el régimen jurídico de la Ley 80 de 1993, las cláusulas excepcionales son de la naturaleza del contrato estatal en la medida en que se entiende que le pertenecen por mandato legal, incluso en algunos casos sin necesidad de cláusula especial. La ley de contratos estatales recoge para estos el concepto de elementos naturales del contrato que se señala en el artículo 1501⁶² del Código Civil. El legislador engloba estas cláusulas bajo el concepto de mecanismos de excepción para el control del objeto contractual.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14⁶³ de la Ley 80 de 1993, al celebrar un contrato las entidades estatales se sujetan a un específico principio de legalidad

62 Código Civil. "Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales."

63 Ley 80 de 1993. "Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1.º Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2.º Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente.

en esta materia. El esquema diseñado por el legislador en el estatuto de contratos del Estado parte de la premisa de que las cláusulas excepcionales deben ser en verdad excepcionales y, por lo tanto, no de aplicación generalizada para todos los contratos que celebren las entidades estatales. El marco jurídico de este régimen permite diferenciar entre aquellos contratos en los que es inevitable entender incorporadas las cláusulas de excepción, aquellos en los que es facultativo establecerlas y aquellos otros donde sencillamente no procede ningún tipo de poderes excepcionales de las entidades estatales frente al contratista.

Del primer grupo hacen parte los contratos señalados en el inciso 1.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades estatales al celebrar un contrato "Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión".

En estos contratos, siempre y necesariamente existirán cláusulas excepcionales, con independencia del nombre que se le dé al correspondiente contrato; si tiene por objeto los indicados en esta norma o se refiere a los tipos de contrato también expresamente indicados, no puede hacerse caso omiso del régimen de excepción.

El segundo grupo se caracteriza porque el régimen de excepción es discrecional. Señala el inciso 2.º del artículo 14.2 de la Ley 80 de 1993 que las entidades estatales podrán pactar las cláusulas de excepción en los contratos de suministro y de prestación de servicios; luego, si no se pactan de manera expresa, estos contratos no podrán quedar sujetos a dicho marco jurídico de excepción. En estos casos, el legislador les otorga confianza a las entidades estatales para que, teniendo en cuenta ante todo al contratista, le permitan celebrar el contrato en un plano de igualdad con la entidad estatal.

El tercer grupo lo constituyen todos los contratos que no queden incorporados en los dos anteriores y, adicionalmente, los que de forma expresa señala el párrafo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993: "En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales."

los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales”.

Respecto de los contratos en los que son obligatorias las cláusulas de excepción, el legislador ha establecido un sistema de protección a los intereses generales, que consiste en que, de llegar a faltar la correspondiente estipulación normativa en el contrato, la cláusula excepcional, por mandato legal, se entiende incorporada. De esta manera, nunca un contrato de los que señala el artículo 14.2 del estatuto de la contratación pública quedará sin régimen de excepción. Cosa contraria ocurre frente a los contratos de suministro y prestación de servicios, donde para la procedencia de la cláusula excepcional, ésta deberá estar prevista en forma expresa en el texto del contrato; de lo contrario, lo único que se presume es la igualdad entre la entidad estatal contratante y el contratista.

En tratándose del tercer grupo, por simple respeto al principio de legalidad, consideramos improcedente incorporar cualquier cláusula excepcional o pensar siquiera en su aplicación. En estos casos, la celebración y ejecución de los contratos se sujeta plenamente al derecho privado; no así la escogencia de los contratistas, pues, de acuerdo con las reglas expuestas, procedería licitación pública o contratación directa, debiendo, por lo tanto, estar dominada en esta etapa contractual por los principios de planeación, transparencia y, en especial, selección objetiva.

4.3.1.9. SUJECCIÓN AL PRINCIPIO DE INTERÉS PÚBLICO O GENERAL

El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado; incluso se puede considerar el motor sustancial de la totalidad de principios públicos del Estado. Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal⁶⁴.

64 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA. Puede consultarse igualmente JOSÉ IGNACIO MONEDERO GIL. *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 90.

En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico⁶⁵. En esta dirección, reconocemos para las relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general, el cual, en palabras de Luciano Parejo, "[...] se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos; es decir, a las organizaciones estatales (o las designadas por éstas) en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados". Lo anterior, sin negar su significado amplio en cuanto rector de la totalidad de las actividades de las funciones públicas y no sólo de las administrativas⁶⁶.

La Constitución Política colombiana recoge de manera amplia el anterior postulado fundamental de la actividad pública nacional, no sólo a partir de su preámbulo, sino también, de manera expresa, en el artículo 1.º, al destacar su carácter prevalente dentro de los principios rectores del Estado. Así como en el artículo 2.º, al darle contenido de fin esencial o de propósito supremo del Estado, en el sentido de que a partir de su materialización se debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; en el artículo 58, al otorgarle primacía sobre los intereses particulares; en el artículo 123 (inciso 2.º), al

65 Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS: "La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1.º superior se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 de la Constitución Política señala que *"la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad [...]"*. Añade también que *"las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado"*. En materia contractual, dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue *"el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines"*. Y el inciso segundo de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: *"Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones. La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés."*

66 PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo*, vol. I, Barcelona, Ariel, 1998, p. 607.

determinar y aclararles definitivamente a la totalidad de los servidores públicos de todos los niveles que se encuentran a su servicio, con el fin inobjetable de que su acción se proyecte sobre la comunidad; por último, en el artículo 209, al elevarlo a principio rector, específicamente de la función administrativa, y reiterar que en su aplicación práctica implica y significa, nada menos, que esta función en su totalidad, sin ninguna excepción, está destinada constitucionalmente al servicio de los intereses generales⁶⁷.

Los anteriores postulados fueron retomados por el legislador en la ley de contratación pública (art. 3.º Ley 80 de 1993), al definir los fines de la contratación estatal, destacando que los contratos que celebre el Estado no pueden tener propósitos diferentes del cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la atención y satisfacción de las necesidades colectivas. Así mismo, este ordenamiento reitera a los particulares que se relacionen contractualmente con la administración que el contrato estatal no es tan sólo una fuente de utilidades, sino una forma de lograr y consolidar los fines del Estado, a través de la función social a la que queda comprometido el contratista en el Estado colombiano⁶⁸.

La Corte Constitucional, al ocuparse de manera general del tema, hace énfasis en que la consagración del principio y su correspondiente acatamiento estricto por parte de las autoridades y de los asociados implican conflicto u oposición entre los intereses de la comunidad y de los particulares.

Y es justo a partir de esta circunstancia como adquiere importancia institucional el interés general para el contrato, en la medida en que conlleva en sí mismo

67 Corte Constitucional. Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA, exp. D-2268: "Tenemos entonces que la función pública está al servicio del interés general, y que puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal. En consecuencia, es forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general. Es por ello que el artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 prescribe que la contratación administrativa persigue «el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines». Y el inciso segundo de esta misma norma indica con claridad lo siguiente: «Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones [...]»".

68 JORGE BENDECK OLIVELLA. "Exposición de Motivos a la Ley 80 de 1993", en *Gaceta del Congreso*, n.º 75, 23 de septiembre de 1992: "Cualquier actividad estatal se caracteriza por la satisfacción del interés público o de las necesidades colectivas. La celebración de un contrato en la que interviene una entidad estatal no puede ser ajena a ese principio. A veces la relación con el interés público es inmediata, en tanto que en otras ocasiones la relación es apenas indirecta. Sin embargo, el hecho de la celebración del acto jurídico por parte del Estado implica la presencia del interés público. Por ello, no existe razón para no predicar de todos los contratos celebrados por el Estado los mismos principios y postulados".

reproche, no aceptación de cualquier posibilidad de que los intereses individuales o particulares de un servidor público, del contratista o de cualquier persona puedan determinar la escogencia del contratista, la celebración del contrato, su ejecución o su correspondiente liquidación. Cualquier ruptura del interés general en el contrato en favor del interés particular implica el surgimiento de vicios en la legalidad del mismo⁶⁹.

Lo anterior resulta de la mayor importancia cuando se pretende articular los principios propios del derecho administrativo con los que surgen a propósito de la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado, como sucede en el caso específico de la autonomía de la voluntad, de la libertad económica, del *pacta sunt servanda* o de la igualdad. En estos casos, la amplitud que dichos principios puedan tener en la esfera del derecho privado se ve aminorada en la medida en que éstos deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad, del conglomerado, los cuales sin duda en muchos casos son diferentes de los de las personas individualmente consideradas.

1.3.1.10. SUJECCIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

Los elementos enunciados en el concepto operativo de contrato estatal que nos ocupan no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; esto es, si el negocio no se ajusta al desarrollo y la aplicación adecuados y cabales del denominado principio de la planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado; en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad.

La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionaliza-

69 Corte Constitucional. Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992, M. P.: CIRO ANGARITA BARÓN: "En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general".

ción y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2.º del Decreto 01 de 1984; según los cuales, para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y de conseguir un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación, deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y prioridad en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

1.3.1.10.1. Sujeción al concepto de discrecionalidad

Si bien es cierto que en el concepto operativo de contrato estatal propuesto hemos incorporado la figura de la actividad discrecional de la administración como determinante de la estructuración y el contenido del respectivo negocio⁷⁰, se debe admitir, de todas maneras, que su aplicación al fenómeno contractual es de por sí compleja, en la medida en que las bases legales que soportan su referencia doctrinaria nos llevan por senderos diversos de la institución. Hay que reconocer, en consecuencia, que su rigurosa aplicación conceptual puede verse matizada por la

necesaria presencia en las bases legales de la estructuración de los negocios estatales, de redacciones normativas que incitan a efectuar consideraciones en torno a fenómenos como los de la actividad administrativa sujeta a la configuración de conceptos jurídicos indeterminados⁷¹, en lo que la doctrina reconoce como la presencia combinada de facultades discrecionales y de atribuciones derivadas de conceptos jurídicos indeterminados, esto es, de amplitud y subjetividad para adoptar una solución o decisión entre muchas posibles, pero también la de materialización de contenidos no definidos para llegar a una misma solución en la definición de las bases sobre la cual se efectuará la contratación pública, decisiones que son de la órbita de la administración⁷².

Adicional a lo anterior, el solo hecho de la presencia de actividad discrecional de la administración, o de la estructuración de conceptos jurídicos indeterminados, en la configuración y el contenido de los negocios del Estado, implica de inmediato, dentro del contexto del Estado social de derecho, en aras de contener cualquier manifestación de arbitrariedad y el respeto a los derechos fundamentales prevalentes en el contrato, la necesaria sumisión a los principios de ponderación y proporcionalidad, tal como se expone en el concepto de contrato estatal que nos ocupa, y sobre los cuales nos extenderemos en los numerales siguientes⁷³.

Ahora bien, en cuanto a la discrecionalidad propiamente se refiere, la hemos referido en el concepto propuesto en relación con la potestad decisoria para la cual está habilitada legalmente la administración en el marco jurídico estatal tendiente a la definición de la estructura y el contenido de los contratos estatales; en este sentido, reconocemos que estas actividades no están absoluta o plenamente regladas en la normatividad base de la contratación pública, muchos menos en la civil o comercial que por remisión resulta ser aplicable a estos fenómenos⁷⁴.

71 En torno a los dos conceptos puede consultarse KART ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 205 y ss.

72 JOSÉ M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 80.

73 HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 139 y ss.

74 La potestad es reglada en los casos del cumplimiento estricto de las exigencias normativas completas, determinadas agotadoramente por las normas superiores. La norma determina al extremo, agotando el contenido y supuestos de su operancia, constituyendo un supuesto normativo completo y una potestad aplicable, absolutamente definible en términos y consecuencias. En tratándose de las autorizaciones producto de este ejercicio del poder administrativo, la administración reduce significativamente su capacidad de apreciación subjetiva, limitándose a la mera constatación o verificación del cumplimiento de las exigencias, definidas agotadoramente y con carácter imperativo en la norma. Tendientes a liberar el ejercicio de una actividad o derecho en las condiciones vinculantes y obligatorias de la norma correspondiente, por el particular-administrado. La doctrina expone como caso tipo de las licencias sujetas a potestades regladas, las de carácter urbanístico en especial las de construcción, que están sujetas a la legalidad estricta, contenida en las normas superiores territoriales, urbanísticas y en especial en los planes de ordenamiento territorial, en donde

El legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública una relativa libertad de estimación para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos. Estas decisiones, para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, necesariamente deben ser motivadas, y se debe expresar las razones que sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldadas y justificadas en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión escogida⁷⁵, lo que en Colombia se retoma adecuadamente en los denominados estudios previos que de manera imperativa deben efectuarse con la debida anticipación a la apertura de los procesos de selección de contratistas en los términos de los artículos 25 (num. 6, 7 y 12⁷⁶); 30 (nums. 1 y 2⁷⁷) de la Ley 80 de 1993 y 3⁷⁸ del Decreto 066 de 2008.

la actividad de la administración se agota exclusivamente en la confrontación de la mismas, con el proyecto a ser desarrollado por el interesado, con el propósito de verificar y controlar el respeto y acatamiento de las condiciones requeridas en dichas normas.

75 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 82 a 89.

76 Ley 80 de 1993. "Artículo 25. Del principio de economía. En virtud de este principio: [...]

5.º Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

6.º Las entidades estatales abrirán licitaciones o e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales [...]

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones.

77 Ley 80 de 1993. "Artículo 30. De la estructura de los procedimientos de selección. La licitación se efectuara conforme a las siguientes reglas:

1.º El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2.º La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas."

78 Decreto 066 de 2008. "Artículo 3. Estudios y documentos previos. En desarrollo de lo señalado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios y documentos previos estarán conformados por los documentos definitivos que sirvan de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones de manera que los proponentes

El legislador, salvo casos excepcionales, interviene definiendo para determinados eventos disposiciones necesarias y obligatorias de los contratos del Estado, como ocurre en el caso de la definición del tipo de sujetos que pueden intervenir en ellos, los recursos involucrados, los marcos definidores del valor del contrato, como ocurre al indicar que este mismo se sujeta a los parámetros del mercado, etc. En lo demás, es claro que todos los elementos, cláusulas, disposiciones que correspondan de conformidad con el tipo de contrato seleccionado para atender las necesidades públicas están sujetos a una amplia regla de discrecionalidad a cargo de la entidad responsable del proceso contractual, facultad que no se agota en la simple discrecionalidad técnica identificada por la doctrina en muchos procedimientos administrativos⁷⁹, concepción poco clara y confusa⁸⁰, que creemos no opera de manera plena en el derecho nacional como se le presenta por algún sector doctrinal en el caso de la planeación y la gestión amplia y discrecional de las autoridades administrativas en materia de estructuración de los contratos del Estado. En Colombia se va mucho mas allá de la mera técnica, se incursiona por senderos jurídicos, económicos, sociales y políticos, se seleccionan opciones, se

puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como el de la distribución de riesgos que la entidad propone. Salvo en lo que se refiere a los casos de contratación directa en los que se aplicará lo dispuesto en el artículo 76 del presente decreto, los estudios y documentos previos se publicarán de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones y deberán contener, como mínimo, los siguientes elementos:

1. La descripción de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La descripción del objeto a contratar, con sus especificaciones esenciales, y la identificación del contrato a celebrar.
3. Los fundamentos jurídicos que soportan la modalidad de selección.
4. El análisis técnico y económico que soporta el valor estimado del contrato, indicando con precisión las variables consideradas para calcular el presupuesto de la respectiva contratación, así como su monto y el de los costos para la entidad asociados a la realización del proceso de selección y a la ejecución del contrato. En el evento en que la contratación sea a precios unitarios, la entidad contratante deberá soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. En el caso del concurso deméritos no será necesario publicar el detalle del análisis que se haya realizado en desarrollo de lo establecido en este numeral.
5. La justificación de los factores de selección que permitan identificar la oferta más favorable, de conformidad con el artículo 12 del presente decreto.
6. El soporte que permita la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que puedan afectar el equilibrio económico del contrato.
7. El análisis que sustenta la exigencia de los mecanismos de cobertura que garantizan las obligaciones surgidas con ocasión del proceso de selección y del contrato a celebrar.
8. Los demás aspectos derivados de la complejidad del objeto contractual que soporten los requerimientos que se incluyen en el proyecto de pliego de condiciones.

Parágrafo 1. Los elementos mínimos de los estudios previos previstos en el presente artículo se complementarán con los exigidos de manera puntual en las diversas modalidades de selección."

79 MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, cit., p. 272.

80 CASSAGNE. *Derecho administrativo*, cit., pp. 225 y ss.

crean condiciones tendientes a hacer viables los negocios, etc., así como también se analizan y distribuyen riesgos, en fin, componiendo un amplio campo de edificación y construcción administrativa en torno a la definición de las bases del negocio con el que se espera atender las necesidades públicas, previa definición de la conveniencia y oportunidad del contrato que si bien no es una característica de lo discrecional, sí constituye una actividad vinculada básicamente a la definición del momento para la adopción de la respectiva decisión contractual⁸¹.

Al respecto, los artículos 25 (num. 12), 26 (num. 3⁸²), 30 (num. 1) y 40 de la Ley 80 de 1993, 4.º de la Ley 1150 de 2007 y 3.º del Decreto 066 de 2008 asignan una amplia facultad discrecional a las entidades públicas para que conforme a los postulados de los códigos de Comercio y Civil, específicamente al artículo 1501, y respetando el marco normativo de la misma ley de contratación pública, determinen lo que puede ser de la esencia, naturaleza o inclusive lo meramente accidental de cualquier contrato en que esté interesada la administración, asunto que necesariamente debe quedar definido con la debida anticipación dentro de los procesos de planeación del correspondiente negocio.

Así mismo, es del ámbito de la planeación, y por lo tanto del diseño posible y adecuado del negocio, lo referente a la definición de las modalidades, condiciones, cláusulas y de todo tipo de estipulaciones, al igual que las demás reglas y normas que se considere importante incorporar a él, relativas, entre otras cosas, a la determinación de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato; la oportunidad y mérito de éste; la determinación de las características jurídicas, técnicas, económicas y financieras del negocio; su valor, conformación de pliegos, reglas específicas de participación en los términos de la ley; factores de selección conforme a los parámetros legales; análisis para la tipificación, identificación y distribución de riesgos del negocio; reglas para definir la situación de usuarios; destino de bienes públicos; afectaciones a derechos e intereses y todos los demás que se relacionen de alguna manera con el modelo negocial escogido para el caso concreto.

Lo anterior significa que para el caso de los contratos estatales, fundamentalmente en lo relativo a la estructuración del negocio, y por lo tanto a la definición de su contenido, la administración competente goza de una amplia y clara facultad discrecional, sujeta a los parámetros de la ley de contratación pública y las normas de los códigos Civil y Comercial. Lo anterior en la medida en que el marco

81 *Ibíd.*, pp. 225 y ss.

82 Ley 80 de 1993. "Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: [...]"

3.º Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos."

de posibilidades de negocios del Estado frente a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 es prácticamente infinito; resulta imposible una definición de contenido homogénea para todos ellos, sobre todo teniendo en cuenta que cada contrato debe corresponder a una necesidad diversa; sería imposible establecer un mismo rasero para todos los contratos públicos, de aquí la necesidad de reconocerle a la administración esta facultad amplia y discrecional de hechura del contenido del negocio, eso sí, como lo establece el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y lo hemos reiterado a lo largo de este estudio, de todas maneras limitada la facultad, de ninguna manera absoluta, sino sujeta a los marcos conceptuales, de principios y reglas constitucionales, legales, al orden público, a los propósitos de la buena administración y fundamentalmente del interés público y general⁸³.

Bajo estos argumentos, no compartimos en consecuencia las tesis de quienes pretenden negar espacio a las facultades discrecionales de la administración en la estructuración de sus negocios. Las consideraciones de mérito y oportunidad del mismo, la apreciación de circunstancias especiales y singulares, resultan inevitables, en los contextos del Estado social de derecho, para la adopción de decisiones coherentes con la realidad fáctica que deba enfrentar la administración con sus contratos. La norma no tiene la virtud de disponerlo y comprenderlo todo. La gran responsabilidad de la administración a través de la discrecionalidad es satisfacer los propósitos del Estado social de derecho, que van más allá de la simple legalidad estricta⁸⁴.

Discrecional en los casos en que por la potestad administrativa, el operador estima subjetivamente y de manera complementaria, en los procesos de aplicación de la normas, las condiciones y el contenido del cuadro de exigencias normativas. La norma determina algunas de las condiciones para el ejercicio de la potestad, permitiéndole a la administración que configure el resto de las condiciones, bien en lo relacionado con la integración última de los supuestos de hecho para su

83 JOSE MANUEL SÉRVULO CORREIA. *Legalidade e autonomia contractual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 458 y ss.

84 PAREJO ALFONSO. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993. LUCIANO PAREJO ALFONSO, quien reacciona contra algunos de los planteamientos radicales de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en especial contra los relacionados con el alcance del control judicial sobre los actos discrecionales, no se aparta sustancialmente de lo expuesto por este autor. Sostiene la necesidad de reivindicar el concepto de la discrecionalidad administrativa dentro del actual Estado de derecho, en la medida en que si la ley formal no garantiza plenamente la actuación de la administración, a esta le corresponde actuar para lograr plenamente el cumplimiento de los cometidos asignados dentro del Estado social de derecho. En este sentido, propone que a través del ámbito de la discrecionalidad se realicen los valores superiores del Estado de derecho, procediendo siempre al ejercicio del control judicial, no obstante adquiriría en estos casos especiales connotaciones por cuanto la decisión judicial no podría reemplazar la administrativa si se trata de potestad reglada.

operancia, o en cuanto a su contenido conforme a los presupuestos indicados en ella misma, o en ambas hipótesis.

Frente al tema de las facultades discrecionales de la administración en la estructuración del negocio y en la definición del contenido del contrato, el ejercicio de la potestad administrativa bajo estas condiciones implica irremediablemente la sujeción, en todo caso, al texto de la norma correspondiente, sea la Ley 80 de 1993, la 1150 de 2007, la legislación civil o comercial y la multiplicidad de normas reglamentarias de todas ellas; esto, sobre la base de que no estamos ante el ejercicio de un poder absoluto y arbitrario del sujeto administrador, sino por el contrario, de potestades sujetas al marco del derecho.

La estimación subjetiva permitida a la administración debe ser necesariamente de origen normativo y no extrajurídico, de carácter parcial, que no implique un traslado total de la facultad configuradora de la potestad administrativa discrecional a la administración. En esta dirección, para la procedencia de la autorización correspondiente, debe la norma como mínimo haber definido la existencia de la potestad para ser desarrollada por la administración, su extensión, el marco de la competencia de la administración para desarrollarla y la finalidad de su ejercicio bajo estas condiciones.

La discrecionalidad, en consecuencia, no es otra cosa que una hipótesis de remisión normativa, a criterios adicionales de la administración, para efectos de complementar el cuadro regulador y de condiciones para el ejercicio completo de la potestad en cada caso concreto, según las circunstancias y condiciones que lo rodean y tipifican, siempre dentro de los senderos del derecho⁸⁵. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, la facultad discrecional de la administración no es otra cosa que "[...] un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la administración ejecutora [...]"⁸⁶.

Resulta importante y trascendente abordar simultáneamente el estudio del fenómeno de la discrecionalidad frente a las decisiones contractuales, con especial referencia a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre la cual

85 Corte Constitucional, Sentencia C-734 del 21 de Junio de 2000, M. P. VLADIMIRO NARANJO MESA: "[...] La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional [...]"

86 GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, cit., pp. 446 a 450.

se han debatido diferentes sectores doctrinales⁸⁷, pero que para efectos del presente trabajo sintetizaremos operativamente indicando que guarda una relación inevitable con el ámbito de la estimación y valoración con la discrecionalidad, lo cual no pocos problemas plantea desde la perspectiva doctrinal, sobre todo para entender el ámbito de procedencia de cada una de las figuras⁸⁸. Aspecto que algunos sectores de la doctrina alemana resuelven (sobre todo quienes se apartan de la discrecionalidad como concepto único⁸⁹) destacando que mientras el poder discrecional de la administración aparece vinculado a la gama de posibilidades de las consecuencias jurídicas de una norma, el concepto jurídico indeterminado se localiza al lado del tipo de regulación legal, en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar, para el caso concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del caso⁹⁰.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma.

En los conceptos jurídicos indeterminados opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos; esto hace de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio

87 MARÍN HERNÁNDEZ. *Discrecionalidad administrativa*, cit., pp. 203 y ss.

88 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 220. La diferencia entre actividad discrecional, reglada, y conceptos jurídicos indeterminados no es pacífica en la doctrina. Algunos sectores prefieren desarrollar la simple teoría de la discrecionalidad con diferentes matices e intensidad, entendiendo por tal, "[...] una simple facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado. Es más, rompiendo las diferencias teóricas entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, se sostiene que la discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada así mismo en el supuesto de hecho de éstas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas, pues tienen su origen tan solo en la utilización por el legislador de distintas técnicas de formulación normativa, siendo intercambiables desde el punto de vista metodológico [...]".

89 Véase nota anterior.

90 MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., pp. 54 y ss.

de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.).

De todas maneras y no obstante su generalidad, lo cierto resulta ser, y así se acepta por la doctrina, que en la norma se intenta delimitar supuestos específicos (esfera de realidad) a partir de los conceptos abstractos invocados, algo difícil (y que consolida lo indeterminado del concepto), dada la ausencia de rigor de los términos invocados, que impiden su cuantificación o determinación; por esta razón, de todas maneras, queda en manos de la administración definir y concretar tales supuestos, en aras de la aplicación lógica y coherente de la norma y de la consolidación, a diferencia de la discrecionalidad, de una "unidad de solución justa y adecuada al caso concreto", o decisión correcta para el caso; esto, por medio de técnicas de valoración y pronóstico, desarrolladas dentro del espacio de apreciación⁹¹ autorizado a la administración, o de *cognición objetivable*, como lo denomina la doctrina española⁹², obviamente dentro del contexto impuesto por la norma y, en general, por el derecho.

En consecuencia, la aplicación de normas discrecionales difiere de este mismo ejercicio, frente a los conceptos jurídicos indeterminados. Respecto de estos últimos, la valoración y el pronóstico de los conceptos abstractos empleados en la norma deben llevar irremediablemente a una única solución posible y justa frente al caso concreto.

Se trata de aplicar la norma subsumiendo en ella, no obstante su imprecisión, unas circunstancias fácticas concretas y específicas. De aquí que la doctrina sostenga que el método de valoración en que se sustenta es claramente reglado, en la medida en que no interfiere la estimación subjetiva del administrador, es ante todo un procedimiento "[...] intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido [...]"⁹³.

Lo anterior es sustancialmente diferente de la actividad discrecional, en donde la administración tiene a disposición multiplicidad de decisiones, todas ellas posibles y justas, y mediante el método de la estimación subjetiva, muchas veces nutrido con elementos de oportunidad y conveniencia, tiene la posibilidad de escoger la alternativa que considere prudente y adecuada, sin negar que todas las demás alternativas tengan la posibilidad de ser igualmente catalogadas y justificadas, siempre actuando dentro de los marcos del derecho y con proscripción absoluta de la arbitrariedad, y con la posibilidad clara en nuestro ordenamiento de que tanto estas decisiones como las que lo fueren de la valoración propia de los

91 *Ibíd.*, p. 56.

92 García de Enterría y Fernández. *Curso de derecho administrativo*, cit., p. 451.

93 *Ibíd.*, pp. 452 y 453.

conceptos jurídicos indeterminados estén siempre motivadas⁹⁴ y, en consecuencia, sujetas a control judicial pleno⁹⁵.

- 94 MANUEL ATIENZA. "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Reda*, n.º 85, marzo de 1995: "[...] La consecuencia de la idea regulativa del Estado democrático de derecho es que las decisiones de los órganos públicos no se justifican simplemente por razón de quienes las han dictado, pues ello iría, al menos en ocasiones, en contra de las exigencias de la racionalidad práctica. El que esto sea así, se encuentra estrechamente conectado con un extremo que aparece justamente remarcado en la obra de Tomás R. Fernández: el poder público es un poder funcional, otorgado en consideración a fines ajenos a los de su titular y que, por tanto, debe justificarse en su ejercicio (pág. 163). No cabe por eso establecer ningún paralelismo con lo que ocurre con los contratos entre particulares, es decir, a propósito de los poderes privados (cfr. PAREJO, págs. 38 y sigs.). Lo que hace que la posición del juez, en uno y otro caso, sea distinta es precisamente que los particulares, salvo casos excepcionales, no tienen por qué justificar (en términos jurídicos) su comportamiento. Dicho de otra forma, la autonomía —en cuanto valor moral— sólo puede predicarse de los individuos [...]". "[...] Una consecuencia de lo anterior es que la motivación de los actos administrativos (en particular, de los actos discrecionales) no puede verse como un simple requisito de forma. Lo que *justifica* la actuación *discrecional* de un órgano administrativo no es simplemente el haber cumplido unos ciertos requisitos de forma; por ejemplo, en el caso del planeamiento urbanístico, el haber confeccionado una Memoria que contenga referencias a una serie de aspectos, de manera semejante a como, en una sentencia judicial, el aspecto formal viene dado por la existencia de antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y parte dispositiva. Lo que justifica verdaderamente son las razones de fondo que se dan en favor de una determinada opción; por ejemplo, las razones para otorgar a un terreno una determinada calificación urbanística, que vendrían a ser el equivalente de las razones, los argumentos, esgrimidos en una sentencia para considerar como probado un hecho o para interpretar una norma en un determinado sentido. Esas razones (insisto: razones *justificativas*) pueden adoptar un grado mayor o menor de explicitud pero, obviamente, una simple decisión (o su resultado: un acto administrativo) en favor de la cual no se aporta ninguna razón es un acto no motivado, como lo sería una resolución judicial que careciera de antecedentes de hecho y de fundamentos de derecho o que se limitara a enunciar una serie de hechos y de normas sin dar, por ejemplo, ninguna razón de porqué se considera como probado un determinado hecho. Como es bien sabido, existen resoluciones judiciales que no necesitan ser motivadas, debido a su escasa trascendencia y a razones de economía; es decir, en el fondo, debido a razones de la propia racionalidad práctica: no cabría un discurso racional si hubiera que fundamentarlo todo, sin ninguna excepción, en cada momento. Pero éste no es el caso de los actos discrecionales de la Administración, por lo que me parece que, en este contexto, no es ninguna exageración afirmar que «lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario» (TOMÁS R. FERNÁNDEZ, pág. 82), si con ello quiere decirse que las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud [...]"
- 95 FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, cit. El profesor TOMÁS R. FERNÁNDEZ, quien retoma radicalmente el problema, sostiene la necesidad de controlar integralmente los actos productos de la discrecionalidad cuando los mismos desdibujan los marcos que el derecho les concede a las autoridades para su expedición. En concreto, plantea que todas las decisiones de la administración son susceptibles de control judicial, dentro de las cuales necesariamente están incluidos los actos discrecionales, que de ninguna manera se admite que puedan ser arbitrarios. Para estos efectos, incluso este tipo de acto debe caracterizarse por estar motivado, es decir, debe estar basado en razones y no ser la mera expresión de la

Ahora bien, así, lo señala MAURER, el componente indeterminado e ilimitado utilizado en la disposición normativa, en valoración previa, acepta varias interpretaciones posibles, todas ellas adecuadas y oportunas. En estos casos, le corresponde a la administración entender el componente indeterminado en el sentido que lo lleve objetivamente⁹⁶ a una decisión única y justa.

Para el caso que nos ocupa, si la norma condiciona a la configuración de un concepto jurídico abstracto, que de ser materializado por la administración a través de un proceso objetivo de valoración del mismo frente a la realidad fáctica y que como consecuencia da lugar a que la decisión sea inevitable, nos encon-

voluntad del servidor público que lo produce. La discrecionalidad no puede confundirse con el deseo personal o subjetivo del agente público. Los argumentos que justifiquen la decisión discrecional no deben ser contrarios a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos reales que llevan a la adopción de la misma. Las razones y la decisión administrativa discrecional deben ser coherentes entre ellas, las primeras deben corresponder materialmente a lo que se decide. Agrega TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ que los anteriores aspectos deben servir de marco para que el juez administrativo controle los actos de carácter discrecional, no solo frente a la simple ley, sino básicamente, y en esto la tesis del autor se ha considerado radical, frente al derecho mismo, por lo que se trata de un control contencioso de juridicidad y no de simple legalidad. Es importante que el juez verifique si realmente se dieron o existieron las razones que la administración invoca para la expedición de un acto discrecional y de ser ciertas que las mismas sean reales y además congruentes con la decisión que se está adoptando. La decisión judicial puede llevar a la nulidad del acto correspondiente o, excepcionalmente, a la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, si no es posible otra solución. De esta forma, reacciona este autor contra la posibilidad de confundir discrecionalidad con arbitrariedad; destaca que si bien es cierto que históricamente se dio esta posibilidad, en la actualidad es totalmente inadmisibles. Discrecionalidad no solamente no es arbitrariedad, sino que implica igualmente la posibilidad de ejercer, como lo advertimos, control sobre cualquier acto fundado en el ejercicio de facultades discrecionales, incluso en cuanto impliquen análisis de oportunidad para la adopción de decisión: "[...] Si en el principio, como hemos visto, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna [...]".

96 MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., p. 55. "[...] El problema del concepto jurídico indeterminado se sitúa en el ámbito de la comprensión. La aplicación de esos conceptos en cada caso particular requieren una valoración y, muchas veces, también un pronóstico futuro. Esto, es tan solo posible, si se consideran muchos puntos de vista, algunos de ellos diferentes, que deben ser considerados, evaluados y ponderados recíprocamente. La decisión, en sí, única conforme a derecho, no siempre se deja determinar inequívocamente [...]", RAMÓN PARADA. *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, MARCIAL PONS, 2000, p. 102. El problema ha sido, así mismo, advertido en la jurisprudencia española. Al respecto en sentencias del 12 de diciembre de 1979 y 13 de julio de 1984, el Tribunal Supremo Español indicó lo siguiente: "[...] Conceptos jurídicos indeterminados son [...] aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos, de forma que su empleo excluye la existencia de varias soluciones igualmente legítimas, imponiendo como correcta una única solución en el caso concreto, resultando, pues, incompatible con la técnica de la discrecionalidad".

tramos entonces ante un caso típico de aplicación de la temática de los conceptos jurídicos indeterminados. Al respecto, MAURER ejemplifica el asunto a la luz del derecho alemán, con las hipótesis de autorizaciones jurídicas de industria y comercio, que tan solo pueden ser conferidas cuando el interesado posee *confiabilidad necesaria*, o con las hipótesis normativas de protección a los monumentos públicos, cuando se determina la adopción de medidas de protección, si la obra es *digna de monumento*⁹⁷.

1.3.1.10.2. Sujeción al principio de ponderación

La estructuración de los negocios del Estado, en cuanto escenario sujeto al principio de planeación y a la discrecionalidad, como se expuso en los numerales anteriores, implica inevitablemente, al momento de adoptar las decisiones más adecuadas para atender los requerimientos públicos, la posible confrontación de principios que puedan estar en juego para efectos de fundamentar y sustentar la mejor solución al asunto propuesto. En esta medida, la ponderación juega un papel trascendente dentro de cualquier concepto operativo de contrato estatal que se intente, como ocurre en el caso propuesto, sobre todo partiendo de la premisa de que no todas las actividades de formación del negocio del Estado están dominadas por reglas que llamen a un simple ejercicio de subsunción normativa.

La ponderación constituye un preciado e importante instrumento de aplicación de principios jurídicos y no de simples reglas bajo consideraciones meramente formales de subsunción. Esto es, se trata de normas que, como lo destaca BERNAL, no están dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinada; tienen ante todo una estructura de mandatos de optimización, que, como lo reitera el citado profesor siguiendo los planteamientos de ALEXY, simplemente ordenan que "algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes [...]" (la optimización, aclara ALEXY, incluye permisos y prohibiciones), en donde las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestos, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Ejemplo de estas normas son, entre otros, los derechos fundamentales⁹⁸.

De entrar en conflicto varias de estas normas, esto es, existiendo para efectos de la adopción de una decisión discrecional principios contrapuestos o que respaldan reglas opuestas, es decir, enfrentada la administración frente al dilema de una colisión de principios, opera consecuentemente la ponderación, con el claro propósito de darle el mayor peso al principio que mejor solución ofrezca respecto del asunto llamado a ser resuelto, con el fin de evitar la adopción de decisiones

97 MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., p. 55.

98 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 81 y ss.

contrapuestas u opuestas frente a una misma situación fáctica. Ponderar, por lo tanto, es determinar cuál es el peso específico de los principios que eventualmente entran en colisión. Ponderar es sopesar dos o más principios del mismo nivel:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y según otro principio, está permitido—, uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido el principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que en ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. En otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan acabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso [...]⁹⁹

Lo anterior se presenta, por ejemplo, en los casos en que en la distribución de riesgos dentro de la estructuración del contrato hay que sopesar el peso específico del interés general con los derechos a la libre empresa, ambos constitucionales pero en juego para efectos de una distribución adecuada y equitativa de su carga negocial. O entre propiedad privada e interés público por causa de una obra pública. Así mismo, entre patrimonio público y patrimonio privado, como puede suceder en los casos de la estructuración de contratos de concesión y la definición de garantías de ingresos mínimos, etc.

La ponderación entra a determinar la mayor medida posible con que una de esas normas se superpone a otra y, por lo tanto, resulta preferible frente al asunto en concreto, es decir, de aplicación preferente, evitando la consolidación de la arbitrariedad; obsérvese que por las características que ofrece su aplicación, la misma es viable en tratándose de la adopción de decisiones por su naturaleza discrecionales y no de simples actuaciones regladas.

La ponderación o ejercicio de medición del peso específico de los principios en colisión, conforme a los trabajos del profesor ALEXY, se logra mediante la aplicación de la denominada relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, que se obtiene a partir de una triple estructura integrada por los siguientes elementos: ley de ponderación, fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Conforme con el primero, "[...] Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro [...]"; mediante la fórmula del peso se buscó matemáticamente reconocer el valor que cada variable le concede a cada principio; las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre

los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, esto es, cuando los pesos de los principios son idénticos¹⁰⁰.

1.3.1.10.3. Sujeción al principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad¹⁰¹ constituye otro precioso instrumento reductor de la arbitrariedad de la administración, de aplicación en el ámbito de las actuaciones y decisiones de contenido discrecional, y, por lo tanto, de importancia y trascendencia en el ejercicio de la estructuración y definición del contenido de los contratos estatales. Específicamente, tiene operancia en estas materias frente a los conflictos derivados de las limitaciones a los derechos subjetivos y fundamentales en aras de la preservación de intereses públicos¹⁰², en donde se busca que las limitaciones a estos resulten ser las estrictamente indispensables para efectos de los mencionados propósitos, con sujeción a un específico test doctrinal que escalonadamente invita, para el cumplimiento de lo anterior, a la realización de una pluralidad de juicios que buscan determinar la idoneidad de la medida o la utilidad de la misma, actuación conocida también como juicio de adecuación, tendiente básicamente a determinar si la medida administrativa es adecuada para alcanzar los fines de la contratación; juicio de necesidad con el cual se invita a reflexionar a la administración en la estructuración del negocio de si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos de la contratación y menos limitativo de los derechos subjetivos; juicio propiamente de proporcionalidad: las ventajas que se alcancen con el fin protegido, esto es, el interés general, deben compensar los perjuicios que se ocasionan a los derechos que se limitan¹⁰³.

100 Al respecto puede consultarse: ALEXEY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 81 y ss.; del mismo autor, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2003, pp. 93 y ss. Se puede consultar integralmente el trabajo del profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit.. En la doctrina nacional se destacan los aportes del profesor CARLOS BERNAL en diferentes escritos entre los que destacamos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 569 y ss.; "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales" (artículo), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004; "Estructura y límites de la ponderación" (artículo), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. En igual sentido, sobre las bases de esta metodología, fuera de los textos básicos de DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005, y de HERBERT L. A. HART. *O conceito de direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, puede consultarse: *La decisión judicial. El debate HART-DWORKIN*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2002.

101 BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 35 y ss.

102 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. *El principio de proporcionalidad y la ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 46 y ss.

103 RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., p. 105.

Desde esta perspectiva, el principio de la proporcionalidad incorpora dos aspectos básicos de trascendencia para las actuaciones administrativas vinculadas a la conformación de las relaciones negociales, y son los relativos a la resolución de conflictos entre derechos individuales y los bienes e interés de la comunidad, y dentro de este conflicto, basándose en un desarrollo lógico de medio a fin, determinar si la utilización de un determinado medio es proporcional para la consecución de cierto fin¹⁰⁴.

La proporcionalidad no solo constituye un instrumento de control a la arbitrariedad de la administración: es también una norma guía del comportamiento permanente de la administración en todas sus relaciones con los asociados, en la estructuración de decisiones ya sean generales o particulares. En esta dirección, se le conoce doctrinalmente como una vertiente normativa o de mandato¹⁰⁵.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad constituyen principios de orden constitucional cuya operatividad jurídica implica la contención a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, sujetándolos a los parámetros del orden constitucional, haciéndolos respetuosos de las bases sustentadoras del orden jurídico a partir de la adecuación de su ejercicio a los senderos limitadores de orden superior, impidiendo el ejercicio ilimitado y sin justificación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil del poder en dirección al cumplimiento de sus propósitos y finalidades¹⁰⁶.

Sobre esta base y con respeto por la preponderancia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, se espera que el ejercicio del poder esté dado a partir de decisiones ponderadas o proporcionales, esto es, que tales decisiones, independientemente de la finalidad legítima pretendida en el ejercicio del poder, sean el resultado de un proceso de valoración de la necesidad

104 Ídem.

105 DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ ESCUDERO. *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 32: "[...] La naturaleza implícita y explícita del principio de proporcionalidad nos obliga a contar con él en todas las esferas de actuación administrativa discrecional, de forma que su aplicación resulta obligatoria a la hora de poner en marcha cualquier tipo de actividad administrativa. Por ejemplo, la adopción de una orden de derribo trae consigo un juicio de proporcionalidad por parte del órgano administrativo competente, al igual que la ejecución forzosa de la misma. En este sentido podemos hablar de un principio en el ejercicio de las potestades administrativas, cuya virtualidad consiste en orientar el buen uso de las mismas. [...] Los contratos administrativos pueden ser objeto de un juicio de proporcionalidad, especialmente en lo que afecta a los requisitos para ser contratista y los contenidos de la relación contractual. La peculiaridad del derecho de contratos administrativos hace de éste un banco de pruebas para la proporcionalidad, a medio camino entre el homólogo privado del principio y la aplicación publicista del mismo. Sin embargo, en la medida en que se trata una relación entre el poder público y un particular con una tendencia al exceso, el principio interviene con toda su fuerza, pero con peculiaridades propias a la relación contractual cuando se aplique al contenido o extinción de ésta."

106 Corte Constitucional. Sentencias C-822 de 2005; C-1404 de 2000; C-173 y 551 de 2001.

y utilidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales para el logro de aquella. Que exista coherencia y adecuación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil entre las restricciones impuestas para el ejercicio del poder y los beneficios que se generan de estas. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcionado resulta ser arbitrario y, por lo tanto, contrario a la Constitución. Frente a los derechos fundamentales, destaca la Corte Constitucional, la proporcionalidad busca ante todo evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces la restricción es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional¹⁰⁷.

1.3.1.10.4. Sujeción al principio de previsibilidad o de contingencias plenas. La estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos

En consonancia con la caracterización expuesta a propósito del concepto operativo de contrato estatal que nos ocupa, encontramos vital para el cabal entendimiento del mismo, en la dirección de ser la estructuración del negocio un ámbito de conjugación permanente de la más variada actuación administrativa, tendiente a determinar el contenido del contrato, esto es, un ámbito de acción discrecional sometida a criterios restrictivos de la arbitrariedad, en cuanto escenario adecuado para la materialización de principios como los de planeación, ponderación y proporcionalidad, a partir de los cuales se definen, en aras de los intereses públicos, el carácter recíproco del mismo, y, sobre todo, la certeza objetiva de la conmutatividad de la relación, comprender que todo este proceso se materializa y cumple en cuanto la estructuración de todo negocio conmutativo del Estado lo orienta y determina el principio de la previsibilidad.

El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato¹⁰⁸, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan en el futuro impactar la conmutatividad y, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato pueden generar situaciones causantes de desequilibrio económico.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada,

107 Corte Constitucional. Sentencias C-448 de 1997; C-371 de 2000; C-110 de 2000; C-093 de 2001; C-068 de 1999; C-309 de 1997; 584 de 1997 y C-741 de 1999.

108 ARIÑO ORTIZ. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, cit., pp. 127 y ss.

ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico y, por lo tanto, de la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, y se convierte en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos a que incorporen dentro de estos la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o, de hacerlo, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal¹⁰⁹.

En el derecho colombiano, el principio se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden referirse a contingencias, derivadas del negocio planteado, y artículo 1616, que admite la posibilidad de que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes.

Ahora bien: dentro de un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge bajo la óptica de su problemática e impacto fiscal con las leyes 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001, artículos 15 y 16, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar, mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de estas para obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales es retomado en los documentos Conpes 3107 y 3133 de 2001 como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos en contratos de infraestructura, pero que en líneas generales constituye el principal instrumento orientador de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional.

Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4.º (nums. 3 y 8); 25 (nums. 6, 7 y 12); 26 (num. 3) y 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se establece la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato.

El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4.º¹¹⁰, en donde de manera impe-

109 HUGO PALACIOS MEJÍA. "La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión", en *Concesiones en infraestructura*, Bogotá, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, Corporación Andina de Fomento, 1996, pp. 14 y 15.

110 Ley 1150 de 2007. "Artículo 4.º De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán

rativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, a analizar la contingencias a las que estos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuirlas a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que a partir de su entrada en vigencia, todos los contratos del Estado se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina.

Debemos entender, no obstante la generalidad de la norma, todos aquellos contratos por esencia sinalagmáticos y conmutativos, no así los de efectos estrictamente unilaterales, que, como advertimos, constituyen una clara excepción al concepto propuesto de contrato estatal.

El riesgo, en consecuencia, se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad¹¹¹.

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

Identificada la contingencia o el riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración, en aras de la proporcionalidad, deberá entre otras cosas efectuar: la evaluación de qué parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlo, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y

señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva."

111 MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA. "La teoría del riesgo y la responsabilidad civil", en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 201: "Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad [...]".

analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quién podría soportarlo mejor y asumirlo responsablemente.

En torno a su procedencia efectiva frente a los contratos de la administración, el Consejo de Estado le ha otorgado al riesgo un carácter eminentemente vinculante a las partes que lo hubieren recibido y aceptado en los términos pactados. Al respecto ha señalado lo siguiente:

[...] En estas condiciones no es dable considerar que el contratista, por las variaciones ocurridas con posterioridad a la celebración del contrato, está eximido de atender los riesgos que asumió. Dicho en otras palabras, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar. La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume "un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública", pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso. La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el álea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió [...] ¹¹²

1.4. CONCEPTO MATERIAL PERO EXCEPCIONAL DE CONTRATO ESTATAL VINCULADO A LA IDEA DE UNILATERALIDAD DE EFECTOS. AUSENCIA DE RECIPROCIDAD. CONSECUENCIAS

De manera excepcional se debe admitir, en aras de la claridad jurídica, dada la cláusula abierta del inciso primero, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que la administración puede celebrar cualquier tipo de contrato, incluso los que a la luz del artículo 1496 del Código Civil se catalogan como de efectos unilaterales, hipótesis que nos puede llevar a reconocer la presencia de contratos como los de comodato o depósito como estatales, esto es, que la reciprocidad propia de los negocios sinalagmáticos puede no ser absoluta en los contratos estatales y, por

112 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de febrero de 2004, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Exp. 14043.

lo tanto, frente a esta situación, el concepto de contrato para proponerse debe matizarse de tal manera que retome esta hipótesis perfectamente válida para la contratación pública colombiana.

2. EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL CONMUTATIVO Y SINALAGMÁTICO Y LAS CAUSAS DE SU RUPTURA

Las definiciones del Código Civil de contratos sinalagmáticos, onerosos y conmutativos, articuladas por los contenidos de los artículos 4.º (num. 3), 5.º (num. 1), 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, hacen surgir para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujeto a un equilibrio económico¹¹³ permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de la simple lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato. Lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia es que de hecho la equivalencia no es proporcional y tampoco garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse¹¹⁴, mientras que en el contrato estatal el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de *igualdad o equivalencia* proporcional y objetiva de las prestaciones económicas.

Nos encontramos de esa manera ante un concepto de conmutatividad especial y, por lo tanto, preferente respecto de cualquier interpretación o aproximación que deba efectuarse en los casos en que estén de por medio contratos estatales, emanada de las viejas disputas doctrinarias francesas en torno a la sustantividad del contrato estatal y que han sido retomadas de manera amplia por nuestro ré-

113 PALACIOS MEJÍA. "El equilibrio económico y financiero del contrato en la Ley 1150", en *Economía Colombiana*, n.º 321, Bogotá, Contraloría General de la República, noviembre de 2007, pp. 9 y ss.: "[...] El concepto de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato estatal se usa, fundamentalmente, para definir el alcance de sus obligaciones económicas. Por lo tanto, ese concepto debe permitir dar una valoración económica a cada conjunto de derechos y obligaciones. ¿Es posible esa valoración? Sería ingenuo suponer que se puede llegar a definir, en pesos y centavos, el valor verdadero de cada conjunto. Pero, en la práctica, a menudo los contratistas dan valores precisos a los contratos que celebran con el Estado, a partir de fórmulas e hipótesis que los expertos consideran razonables. Por eso existe un mercado en el que tales contratos se negocian. Se negocian tanto los derechos como las obligaciones. Se trata de un fenómeno antiguo, con mayores desarrollos cada día, que el Código de Comercio regula en los artículos 887 y concordantes [...]."

114 *Ibíd.*, pp. 9 y ss.

gimen de los contratos públicos específicamente en los artículo 5.º (num. 1) y 27 de la Ley 80 de 1993¹¹⁵.

En este sentido y sobre esta base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado propuesto en este trabajo es el del mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos, que signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad determinaron unas condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales se debe ejecutar el contrato; estas condiciones están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también las contingencias y los riesgos previsibles que asumieron, aspectos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, deben de inmediato restablecerse.

Por lo tanto, es propio del contrato del Estado el derecho de las partes al mantenimiento y restablecimiento del equilibrio financiero y económico de los contratos celebrados.

2.1. CARACTERIZACIÓN NORMATIVA DEL EQUILIBRIO Y SU RUPTURA

Desde la perspectiva estrictamente normativa, la institución ha sido recogida bajo la siguiente caracterización en la Ley 80 de 1993:

2.1.1. El equilibrio y la permanencia de la conmutatividad son recíprocos

Destaca el inciso primero artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

En consecuencia, el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación comercial y no exclusivamente a una de ellas. Por lo menos a esa conclusión se llega agotando el principio de igualdad constitucional (art. 13 constitucional) y de la lectura de la relación normativa específica de la Ley 80 de 1993, específicamente los artículos 4.º (nums. 3 y 8) y 27, de donde se deduce que en razón de la reciprocidad, el equilibrio en cuestión tiene una doble dirección indiscutible,

115 ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, cit., pp. 399 y ss.

y, por lo tanto, a cada una de las partes le corresponde el derecho de obtener el restablecimiento cuando haya lugar a él.

Sobre esta base normativa, le nacen derechos a la administración para reclamar en caso de ruptura frente al contratista. Se destaca en el artículo 4.º (num. 3) de la Ley 80 de 1993 que es un derecho y un deber ineludible de la administración, en cuanto parte contractual, solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, lo cual denota que el equilibrio y su mantenimiento no es un fenómeno que atañe de manera exclusiva al contratista, sino que implica una visión de contexto de la relación negocial.

En tratándose de los contratistas, el fenómeno es similar: el artículo 5.º (num. 1) de la Ley 80 de 1993 les reconoce similar derecho al de las entidades estatales en esta materia, es decir, tienen el derecho de reclamar el restablecimiento de las condiciones económicas derivadas de las propuestas aceptadas y de lo concretamente pactado en los contratos celebrados.

Esta situación de la operancia en ambos sentidos del equilibrio del contrato estatal ha sido ampliamente reconocida por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] Al respecto cabe puntualizar que en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor del contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que en modo alguno podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista. Pero posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución, a la entidad estatal contratante y no solo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato "c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes"; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 40 de la misma Ley 90, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato. Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho que tienen, en igual medida, las dos partes de la relación contractual [...]¹¹⁶

116 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 2007. C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

2.1.2. Imputabilidad de las cargas relativas al restablecimiento

El artículo 27 citado en su inciso primero parte de la premisa básica para la determinación de la imputabilidad de la carga de restablecimiento: en caso de ruptura, la debe asumir la parte que dio lugar a ella, es decir, se parte del supuesto de que existe un juicio de responsabilidad en el desarrollo del contrato que llama a la parte que actuó de manera antijurídica ocasionando lesiones o daños a la otra a restablecer el equilibrio roto con ocasión de sus actuaciones u omisiones. Es clara la disposición al establecer que "[...] Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento"[...]. Esto es, responde el causante.

Cuando la parte causante es la administración pública contratante, es decir, el Estado mismo, la responsabilidad tiene como fundamento el artículo 90 constitucional, tal como se desprende de los trabajos jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional. Precisamente esta alta corporación, al analizar el tema de la responsabilidad contractual de las entidades públicas, ha expuesto lo siguiente:

[...] Siguiendo las pautas que sobre la materia han establecido la jurisprudencia y la doctrina juspublicista, puede sostenerse que el tema de la responsabilidad contractual reviste gran importancia en el campo del derecho administrativo, en cuanto comporta aquella garantía jurídica reconocida a los particulares que celebran contratos con la administración, dirigida a mantener la correspondencia económica de la relación contractual y la integridad y licitud de su patrimonio, frente a las lesiones o daños antijurídicos que puedan padecer por efecto del incumplimiento de las obligaciones contractuales de parte de la Administración Pública [...] Este alto Tribunal, coincidiendo con la línea doctrinal elaborada por el Consejo de Estado, en Sentencia se pronunció sobre el verdadero alcance de la norma, aclarando que la misma, al margen de establecer el imperativo jurídico de la responsabilidad estatal, consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos y, por tanto, se proyecta indistintamente en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual. En este sentido, no se consagra en el artículo 90 de la Carta un criterio restringido de responsabilidad, circunscrito tan solo al campo extracontractual, pues de lo que se encarga su texto es de fijar el fundamento de principio en el que confluyen todos los regímenes tradicionales de responsabilidad estatal —contractual, precontractual y extracontractual [...] ¹¹⁷

117 Corte Constitucional. Sentencia 892 del 22 de agosto de 2001. M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

2.1.3. Causas de la ruptura del equilibrio contractual en el contrato estatal

Ahora bien, de la misma redacción la doctrina ha venido deduciendo una serie de causas antijurídicas posibles que pueden llevar a la ruptura dependiendo del causante, estableciendo que esta puede suceder con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado y, adicionalmente, retomando las viejas construcciones del derecho civil, admite causas ajenas a los sujetos contractuales, determinando que también puede darse por factores exógenos a las partes del negocio jurídico, esto reviviendo para nuestro derecho público la teoría de la imprevisión, pero como una clara regla de excepción, en cuanto lo dominante en nuestra legislación, tal como se explicó, es la previsión en la estructuración de los negocios públicos. Procedería igualmente cuando se presenten causas que alteren la economía del contrato por variaciones de precios.

2.1.3.1. CAUSAS IMPUTABLES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONTRATANTE

Se configura esta hipótesis en los casos en que la administración no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en clara violación a la bilateralidad de la relación, que afectan el equilibrio correspondiente.

2.1.3.2. POR EL HECHO DEL PRÍNCIPE

Por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos inciden o pueden incidir en el contrato administrativo. Estos supuestos son tratados, por lo general, dentro de la llamada teoría del "hecho del príncipe". El hecho del príncipe como fenómeno determinante del rompimiento de la ecuación financiera del contrato se presenta cuando concurren los siguientes supuestos: a. la expedición de un acto general y abstracto; b. la incidencia directa o indirecta del acto en el contrato estatal; c. la alteración extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato como consecuencia de la vigencia del acto; d. la imprevisibilidad del acto general y abstracto al momento de la celebración del contrato. El Concejo de Estado ha señalado lo siguiente a propósito de su aplicación a los contratos estatales:

[...] En relación con la condición de la autoridad que profiere la norma general, para la doctrina y la jurisprudencia francesa el hecho del príncipe (*le fait du prince*) se configura cuando la resolución o disposición lesiva del derecho del cocontratante emana de la misma autoridad pública que celebró el contrato, lo cual permite afirmar que constituye un caso de responsabilidad contractual de la administración sin culpa. La justificación de esta posición radica en la ausencia de imputación del hecho generador del perjuicio

cuando éste proviene de la ley, por cuanto el autor del acto (Nación, Congreso de la República) puede ser distinto de la administración contratante. No obstante no se priva al contratista de la indemnización, ya que podrá obtenerla a través de la aplicación de la teoría de la imprevisión [...]

La Sala considera que sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Cuando la misma proviene de otra autoridad se estaría frente a un evento, externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión.

Con respecto a los otros supuestos de la teoría, la norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe.

El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo.

La doctrina coincide en que para la aplicación de la teoría, la medida de carácter general debe incidir en la economía del contrato y alterar la ecuación económico-financiera del mismo, considerada al momento de su celebración, por un álea anormal o extraordinaria, esto es, "cuando ellas causen una verdadera alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que en ese sentido fue decisiva para el cocontratante", ya que "el álea "normal", determinante de perjuicios "comunes" u "ordinarios", aún tratándose de resoluciones o disposiciones generales, queda a cargo exclusivo del cocontratante, quien debe absorber sus consecuencias: tal ocurriría con una resolución de la autoridad pública que únicamente torne algo más oneroso o difícil el cumplimiento de las obligaciones del contrato".

De ahí que la dificultad que enfrenta el juez al momento de definir la aplicación de la teoría del hecho del príncipe consiste en la calificación de la medida, toda vez que si la manifestación por excelencia del soberano es la ley, no existe, en principio, como consecuencia de ésta responsabilidad del Estado. Ese principio, sin embargo, admite excepciones y se acepta la responsabilidad por acto legislativo cuando el perjuicio sea especial con fundamento en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo par a los cocontratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración.

En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo. [...]

Como puede verse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes contratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.

Concluyó la Sala en esa oportunidad, de acuerdo con los planteamientos anteriores y con base en la jurisprudencia sobre las cargas impositivas en los contratos estatales, que dichas cargas “no significan *per se* el rompimiento del equilibrio económico del contrato, sino que es necesario que se demuestre su incidencia en la economía del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones del contratista”. Exigencia que está en consonancia con lo que a propósito de la responsabilidad por el hecho de la ley, con fundamento en el daño especial, ha señalado la doctrina: debe tratarse de un perjuicio que por su “especificidad y gravedad, sobrepase los normales sacrificios impuestos por la legislación”.¹¹⁸

2.1.3.3. IMPREVISIÓN

Por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato y que sin embargo alteran su economía general, por incidir en él, tales como la fuerza mayor y el caso fortuito. Estos supuestos son tratados dentro de la “teoría de la imprevisión”, retomada en el texto del artículo 5.º (num. 1) de la Ley 80 cuando señala que “[...] en consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”. Las razones de su procedencia se pueden resumir en los siguientes términos: a. la existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato; b. que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato; y c. que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. El Consejo de Estado ha desarrollado la figura bajo los siguientes aspectos:

En cuanto a los requisitos que deben confluir para su reconocimiento y aplicación:

Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución [...] Respecto del primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; “supone que las consecuencias de la circunstancia imprevista excedan, en importancia, todo lo que las partes contra-

118 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de marzo de 2007. C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

tantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever [...]. Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante (Subraya la Sala) En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna. Como puede verse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes cocontratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.¹¹⁹

En relación con la fuerza mayor se ha expresado lo siguiente:

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inexecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo [...] La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio [...] El otro supuesto configurativo de la fuerza mayor, la irresistibilidad, se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto [...] La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable. La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados. La fuerza mayor determina la inexecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista. El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad

119 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 29 de mayo de 2003. C. P.: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 14.577.

al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible. En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato. En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado [...] En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente.¹²⁰

En relación con las variaciones de precios en cuanto fenómenos propios de esta causal se ha indicado lo siguiente:

[...]Dicha norma instruye sobre la ocurrencia de hechos jurídicos provenientes de la variación de factores determinantes de los costos de los precios, en los contratos de obra pública, situaciones que originan la revisión y el consecuente reajuste de precios con la fórmula pactada en el contrato: matemática o no y refiere a la variación de los factores que determinan los costos; en cuyo caso prevé la revisión de precios con el objeto de evitar que esta variación imponga al contratista una carga anormal en el cumplimiento de su prestación. La finalidad de la norma es no trasladar al contratista las consecuencias negativas que se presenten con ocasión del contrato, que no están ligadas a su propia conducta. Recuérdese que la doctrina y la jurisprudencia han entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo el alea normal de toda negociación pero no el alea anormal, y por lo tanto en este último evento las consecuencias deben ser resarcidas o atenuadas. Es claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios. Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o celebrar el contrato —que eran imprevisibles— el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico. Y es que desde que surge a la vida

120 Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE. Exp. 14.781.

jurídica el contrato, por la celebración, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado y el contratista, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio, que se traduce en la llamada ecuación financiera del contrato. Desde esa situación, se marcan las bases de la regulación financiera del contrato, que por regla general lo guiarán durante su existencia y es por ello que las normas que regulan la contratación propugnan porque la ecuación financiera del contrato deba mantenerse para así proteger el resultado económico pretendido por las partes contratantes de haberse ejecutado el contrato en las condiciones originales [...]¹²¹

2.1.3.4. CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA

Se configura esta hipótesis en los casos en que el contratista no cumple en la forma debida las obligaciones que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones unilaterales por fuera de los parámetros legales y en clara violación a la bilateralidad de la relación, que afectan el equilibrio correspondiente.

2.1.4. El restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato

La ruptura llama al restablecimiento inmediato a quien le corresponda responder¹²². Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

El propósito de lo anterior es que se recupere el valor intrínseco de la economía del contrato al momento de proponer o de contratar, así como mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello, utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios. Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en

121 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Exp. 14.578.

122 SUSANA MONTES DE ECHEVERRI. "Concesiones viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos", en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, Universidad de los Andes, 2000, pp. 63 y ss.

caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

3. CONCLUSIONES

3.1. Bajo las anteriores consideraciones se tiene que conforme a los postulados del Estado social de derecho en donde el contrato constituye un importante instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales, no necesariamente el régimen jurídico del contrato debe corresponder a un modelo de estricto derecho administrativo altamente sustantivizado, aceptando la legislación, sin que esto desvirtúe el carácter prestacional y presencial del aparato administrativo en la atención de sus responsabilidades frente a la comunidad, que el contrato estatal se sustente sobre la base de un régimen mixto, caracterizado por la interrelación inmediata y necesaria de subsistemas jurídicos pertenecientes al ámbito del derecho positivo, dentro de los que se destaca el comercial y el civil, conforme a las expresas remisiones que al respecto efectúa nuestra ley de contratación pública.

3.2. Conforme a estas circunstancias legales y doctrinales, el concepto de contrato de Estado comparte, en lo material, determinados elementos con el contrato propiamente celebrado entre particulares, pero condicionados de todas formas a los propósitos de interés general que caracteriza la actividad y gestión propias de la administración pública.

3.3. Así las cosas, la construcción de un concepto de contrato estatal o del Estado no está absolutamente circunscrita al principio rector de la autonomía de voluntad conforme al modelo contractual de los particulares. Todo lo contrario, se sujeta real y plenamente a principios constitucionales como los de planeación, interés público propios de la actividad pública, de los cuales se desprenden importantes reglas y garantías con el propósito de evitar y controlar la arbitrariedad administrativa precisamente en la estructuración discrecional de las más importantes decisiones tendientes a la conformación de las bases de los negocios del Estado.

3.4. En esta dirección, el alcance y las consecuencias que en el contrato del Estado pueden tener fenómenos como los de sinalagmático y de conmutativo tan particulares a la caracterización de ciertos negocios privados, es totalmente contraria, es decir, se trabaja en nuestro derecho en un concepto objetivo de conmutatividad, en consecuencia de un carácter de las prestaciones mutuas o recíprocas, totalmente ajeno al propio de los desarrollos privatistas.

3.5. Opera como regla general en nuestro ordenamiento el principio de la previsibilidad. En consonancia encontramos como vital para el cabal entendimiento del contrato público, que su estructuración configura un ámbito de conjugación

permanente de la más variada actuación administrativa, tendiente a determinar el contenido del contrato, esto es, un ámbito de acción discrecional sometido a criterios restrictivos de la arbitrariedad, en cuanto escenario adecuado para la materialización de principios como los de planeación, ponderación y proporcionalidad, a partir de los cuales se definen, en aras de los intereses públicos, el carácter recíproco del mismo, y, sobre todo, la certeza objetiva de la conmutatividad de la relación, resultando consecuente, entonces, entender que todo este proceso se materializa y cumple en cuanto la estructuración de todo negocio conmutativo del Estado lo orienta y determina el principio de la previsibilidad.

3.6. De las consideraciones expuestas surge claro para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujeto a un equilibrio económico permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de la simple lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares, la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato. Lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia es que de hecho la equivalencia no es proporcional y tampoco garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse, mientras que en el contrato estatal, el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de *igualdad o equivalencia* proporcional y objetiva de las prestaciones económicas.

3.7. Conforme con lo anterior y desde una perspectiva negativa, la doctrina ha venido deduciendo una serie de causas antijurídicas posibles que pueden llevar a la ruptura dependiendo del causante, estableciendo que esta puede suceder con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado y, adicionalmente, retomando las viejas construcciones del derecho civil, admite causas ajenas a los sujetos contractuales, determinando que también puede darse por factores exógenos a las partes del negocio jurídico; esto, reviviendo para nuestro derecho público la teoría de la imprevisión, pero como una clara regla de excepción, en cuanto lo dominante en nuestra legislación, tal como se explicó, es la previsión en la estructuración de los negocios públicos. Procedería igualmente cuando se presenten causas que alteren la economía del contrato por variaciones de precios.

